


VE RI
TAS



Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren

Mit Beiträgen

zur Lehre von der Einlassung und vom gerichtlichen Anerkenntnis

Römischrechtliche Studien

von

Moriz Wlassak
Professor in Wien

Erster Teil



Weimar
Hermann Böhlaus Nachfolger
1905

Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren

Mit Beiträgen
zur Lehre von der Einlassung und vom gerichtlichen Anerkenntnis

Römischrechtliche Studien

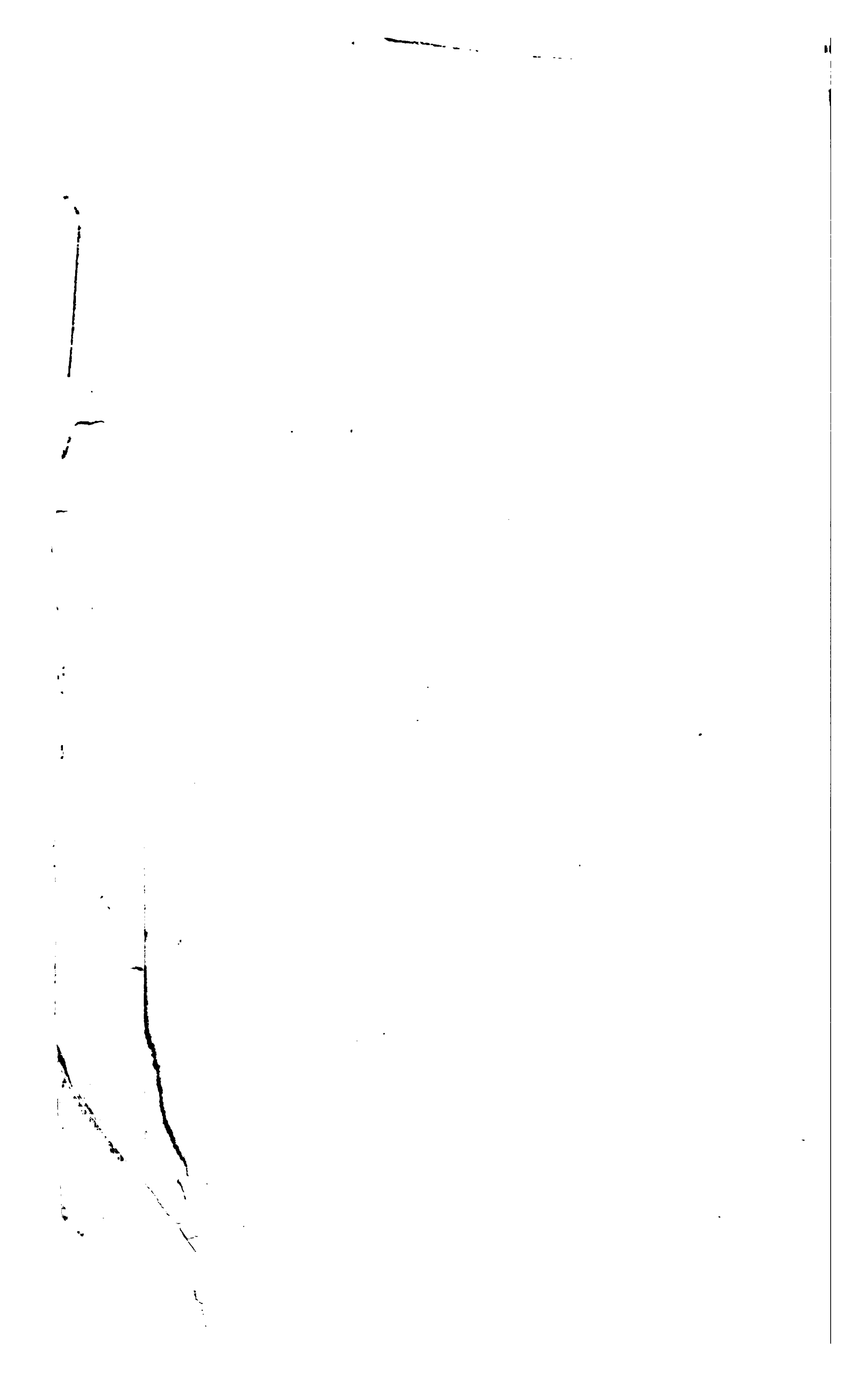
von

Moriz Wlassak
Professor in Wien

Erster Teil



Weimar
Hermann Böhlaus Nachfolger
1905



Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren

Mit Beiträgen
zur Lehre von der Einlassung und vom gerichtlichen Anerkenntnis

Römischrechtliche Studien

von

Moriz Wlassak
Professor in Wien

Erster Teil



Weimar
Hermann Böhlaus Nachfolger
1905

For TX W

Sonderabdruck
aus der
Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte
Band XXV. Romanistische Abteilung.

Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren.

Römischrechtliche Studien, mit Beiträgen zur Lehre von der Einlassung und vom gerichtlichen Anerkenntnis.

Die in Ovids Fasten so genannten *tria verba* des Prätors gehören zu den gerichtlichen Legisaktionen, d. h. zu den im Anschluß an Gesetzesworte gebildeten Spruchformeln, die bald der Begründung von Prozessen, bald der Errichtung von friedlichen Geschäften dienen. Jede an die Gerichtsstätte gebannte Legisactio setzt sich zusammen aus ineinander passenden Sprüchen, die teils von einer oder mehreren Parteien ausgehen, teils von dem vorsitzenden Beamten. Die ersteren wenden sich wieder entweder an den Gegner oder an die Obrigkeit. Beide, die Reden der Parteien wie des Prätors sind an Formulare gebunden, die allmählich unabänderlich wurden.[1])

In Vergleichung gesetzt erscheinen in der Legisactio ohne Frage die Sprüche und Handlungen der Parteien als das wichtigere, ja geradezu als die Hauptsache. Dessenungeachtet fällt dem Magistrat keineswegs, wie man meist annimmt[2]), lediglich die Aufgabe zu, passive Assistenz zu

---

[1]) Vgl. Pomp. D. 1, 2, 2, 6, Gai. 4, 11, Ulp. Fr. Vat. 318 mit Cic. p. Mur. 12, 26; ferner Varro l. l. 6, 53, der die drei prätorischen Worte *verba certa legitima* nennt. Daß auch der Magistrat *lege agit,* darüber s. unten S. 6, A. 3. — [2]) So besonders Jhering, Geist d. röm. Rechts [3] II 2 § 47 c (S. 637 f. 646. 650. 656; vgl. aber III, 1 § 52 A. 103), und neuestens Girard, Ztschr. f. R.-G. R. A. 27, 18—20; Manuel de droit romain [3] 38 f. 968; L'organisation judiciaire des Romains 1, 68 ff. S.

leisten und als qualifizierte Solennitätsperson die gebotene Form der Parteihandlung zu vollenden. Vielmehr hat er mittätig zu sein, indem er zu den Parteien gewisse Worte spricht, die schlechthin nötig sind, um die Legisactio voll und wirksam zu machen, Worte, von denen Varro l. l. 6, 30 ausdrücklich sagt, ohne sie sei eine Legisactio nicht möglich:

> *Dies nefasti, per quos dies nefas fari praetorem 'do dico addico'. itaque non potest agi. Necesse est aliquo uti verbo, cum lege quid peragitur.*

Meines Erachtens genügt dieses eine Zeugnis[1]), um die viel verbreitete Ansicht umzustoßen, derzufolge der Magi-

---

auch Karlowa, Zivilprozeß 3. Mommsen, Röm. Staatsrecht III, 59. Jörs, Röm. Rechtswissenschaft 1, 157. 196f.. Pernice, Ztschr. f. R.-G. R. A. 27, 143. A. Giffard, La confessio in iure 17. 37, 2 (Paris 1900). Eine Denegation der Legisactio, die jedoch verschieden sein soll von der im Formularprozeß geübten, anerkennen Karlowa a. O. 341 ff.; Röm. Rechtsgeschichte 1, 459f. Keller-Wach, Zivilprozeß [6] § 36 A. 393[a]. Erman, Ztschr. f. R.-G. R. A. 27, 246, 2. H. Jourdan, La consommation du droit d'agir 35f. (Lyon 1900) u. a. Mit Keller stimmt Bethmann-Hollweg, Zivilprozeß I § 38 überein. Vermittelnd Bekker, Ztschr. f. R.-G. R. A. 28, 175f., dem es übrigens als „herrschende Meinung" erscheint, daß „der Magistrat im Legisaktionenverfahren nicht viel mehr ist als offizieller Zeuge". Gegen diese letztere Behauptung (schon 1864) P. Krüger, Proc. Consumtion 9f., der auch ohne Vorbehalt für die Denegation eintritt. Ebenso Wlassak, Prozeßgesetze II, 335f. und jüngst Wenger, Actio iudicati 175, 28. Interessant ist die Äußerung eines sonst so nüchternen Beobachters: Kellers a. O. § 12: zum alten Verfahren ... gehörten feierliche Wortformeln ... „der Parteien, wodurch die Aussprüche des Magistrats in ebenso bestimmter Wortfassung gleichsam hervorgerufen wurden."

[1]) Zu erschließen ist die Abhängigkeit des privaten *lege agere* vom obrigkeitlichen *fari* aus Ovid Fast. 1, 47f. und Macrob. Sat. 1, 16, 14, nicht so sicher aus Gai. 4, 29 in f. Der erstere mochte freilich gerade aus Varro schöpfen; s. Mommsen CIL [2] I, 1, p. 289. Als Macrobs unmittelbare Quelle nimmt Wissowa, De Macrobii Sat. fontibus (p. 26ff. 29f.) Sueton an, als mittelbare (p. 34 n. 1, vgl. p. 29) Verrius; Mommsen auch hier Varro. Ferner beachte man Granius Licinianus (vielleicht identisch mit Granius Flaccus) bei Macrob. Sat. 1, 16, 30 über die *nundinae: .. lege Hortensia effectum ut fastae essent, uti rustici ... lites componerent. nefasto enim die praetori fari non licebat.* — Wenn Verrius Flaccus in einer fragmentierten Stelle des pränestinischen Kalenders, deren befriedigende Ergänzung bisher nicht gelungen ist

strat im alten Legisaktionenverfahren eine machtlose Puppe war, die den Sprüche hersagenden Privaten Gehör schenken mußte, ohne vorher um ihre Zustimmung ersucht zu sein, und ohne die Befugnis, das Tun oder Lassen der Parteien vor dem Tribunal zu verbieten. War bei jeder gerichtlichen Legisactio ein Mitreden des Konsuls, später des Prätors unerläßlich, um die Handlung der Parteien rechtsgültig zu machen, so mußten sich diese, ehe sie ihre Formeln auszusprechen begannen, die beabsichtigte Aktion vom Beamten, wenn auch nur formlos, bewilligen lassen, da sie sonst Gefahr liefen, mit ihren Sprüchen allein zu bleiben, mithin ungültig zu handeln. Fiel der Prätor mit seinem *carmen*[1]) auf das jeweils maßgebende Stichwort nicht ein, so war die Legisactio vereitelt. Stand doch den Parteien kein Automat gegenüber, den sie selbst in Bewegung setzten, sondern ein übergeordneter Beamter, gegen den sie natürlich Zwang nicht üben konnten, um den Ausspruch bestimmter Worte zu erzielen.[2])

(CIL [1] I p. 312. 367, CIL [2] I, 1 p. 231. 289), *fastus* aus dem *fari* der Parteien erklären sollte, — was, wie Bergk in Fleckeisens Jahrb. f. Phil. Jg. 1872 S. 39f. zeigt, unwahrscheinlich ist, — so würde daraus keineswegs folgen, daß man in historischer Zeit gerichtliche Legisaktionen kannte vor einem Magistrat, dem der Mund verboten war. Dies gegen Girard, Nouv. revue hist. de droit XXV, 63f. A. 4 = L'organisation judiciaire 1, 18, 2.

[1]) Cic. p. Mur. 12, 26. — [2]) Doch will ich nicht verschweigen, wie sich neuestens Girard, L'organisation 1, 69 äußert: „Si elles (nämlich les parties) font certains actes, le magistrat y assistera, il pourra être mis par eux dans l'obligation d'en accomplir à son tour d'autres; ... Son concours est un concours ... dénué d'initiative et de liberté, commandé avec une sorte de nécessité mécanique par l'activité des parties." Seltsam! [Andrerseits muß gegenüber Schloßmann, Altröm. Schuldrecht (1904) 16, 2 und 179f. (dazu S. 5ff.) auf die oben S. 1 A. 2 verzeichnete Literatur verwiesen werden. Ich selbst habe wiederholt, zuletzt (1898) in Pauly-Wissowa R. E. IV, 207, den im Texte genauer begründeten Satz ausgesprochen, ohne freilich jemals Bezug zu nehmen auf L. col. Gen. c. 61 verb. *iussus erit*. Letzteres würde ich auch jetzt nicht tun; vgl. einstweilen Mommsen, Ephem. epigr. 3, 109.]

I.

Die drei Worte des Gerichtsmagistrats. — Fragestellung.

Nach diesen einleitenden Bemerkungen sollen die dem Prätor vorgeschriebenen *tria verba sollemnia* und *legitima*[1]) näher betrachtet werden. Sie lauten bei Varro l. l. 6, 30 und ebenso bei Macrobius Sat. 1, 16, 14 (s. oben S. 82 A. 1):

'*do dico addico*'.

Daß diese Aufeinanderfolge die herkömmliche war, das kann uns der sehr lückenhafte Festusartikel *Nefasti*[2]) p. 165 bestätigen. Jedenfalls hatte darin '*addico*' denselben Platz am Schluß der Reihe wie bei Varro. Betreffs aller drei Worte dürfen wir als feststehend zunächst folgendes annehmen. Vorgeschrieben ist dem Prätor nicht die Erlassung von Bescheiden bestimmten Inhalts, sondern geradezu der Gebrauch eines der *tria verba.* Anders ausgedrückt: seine Bescheide müssen sich nicht etwa darstellen als ein *dare, dicere* oder *addicere,* vielmehr müssen sie notwendig das eine oder andere dieser Worte enthalten.

Ferner unterliegt es keinem Zweifel, daß das Mitreden des Magistrats sich nicht erschöpft in jenen drei Worten.[3]) Zum *do dico addico* mußte gewöhnlich mindestens ein Ausdruck hinzukommen, der das Objekt anzeigt, sofern das letztere nicht aus dem voraufgehenden Parteispruch sicher zu ergänzen war. Daher kann man sagen: die *tria verba* sind lediglich die Kernworte des prätorischen Bescheides, der aus einem längeren oder kürzeren Satz, auch wohl aus mehreren Sätzen bestehen konnte. Hiernach widerlegt der von Gaius 4, 16 überlieferte magistratische Befehl: '*mittite ambo hominem*' keineswegs das Zeugnis von Varro. Die Behauptung bleibt aufrecht, daß es keine Legisactio gab, wobei der Prätor nicht in einem seiner Sprüche von den drei Worten eines gebrauchen mußte.

---

[1]) So Macrob. Sat. 1, 16, 14 (oben S. 2 A. 1) und Varro l. l. 6, 53. — [2]) Ed. Thewrewk de Ponor (1889) p. 166. Von der Lesung *nom* (diese bestätigt Thewrewk) und *non* (so Hülsen; früher las man *not*) ausgehende Ergänzungen gibt Mommsen, CIL [2] I, 1 p. 290 und bei Bruns, Fontes [6] II, 17 (1893). — [3]) Vgl. Cic. l. c. Gai. 4, 16.

Klar ist endlich, daß es sich wie bei den formellen Reden der Parteien so auch bei den vorgeschriebenen Äußerungen des Magistrats um sorgfältig ausgeklügelte Kunsterzeugnisse handelt, nicht um etwas elementares, naturwüchsiges. Inwieweit die drei Worte einzelnen Bestimmungen der Zwölftafeln entlehnt sind, das ist nicht auszumachen. Wenn Varro l. l. 6, 53 sie als „legitim" bezeichnet, so ist dies zwar nicht ganz entscheidend, doch unterstützt es immerhin die ohnedies wahrscheinliche Annahme einer gewissen Anlehnung an die Lex. Sicher aber ist die genauere Ausgestaltung der prätorischen Sprüche und, wo das Gesetz schwieg, auch die Wahl des passenden Kernworts das Ergebnis sorgfältiger Überlegung seitens der Gesetzinterpreten.

Man erwäge nur: einerseits weist die begleitende Rede des Beamten bei jeder Legisactio eines der *tria verba* auf, andrerseits sind für die mannigfaltigen Anordnungen des Prätors als Kernworte ausschließlich jene drei gebraucht. Diese Erscheinung ist nicht wohl anders zu erklären als aus einer pedantischen Bearbeitung der Sprüche, die wir mit Pomponius unbedenklich den Pontifices zuschreiben dürfen. So ist denn auch in der karikierenden Schilderung, die Cicero (pro Mur. 12, 26) von der Tätigkeit der alten Juristen entwirft, die Bevormundung des Beamten besonders betont:

> *Praetor interea ne pulchrum se ac beatum putaret atque aliquid ipse sua sponte loqueretur, ei quoque carmen compositum est, ..*

Als Beispiel folgt eine Formel mit *dico.* Nach dem Zusammenhang ist daran kein Zweifel, daß wir zu *compositum est* ergänzen müssen: *a iure consultis.*

Bei weitem die schwierigste Frage ist die nach dem Sinn der *tria verba.* Sind sie überhaupt in der Bedeutung von einander wesentlich verschieden, oder war ein anderer Umstand bestimmend für die Verwendung bald dieses bald jenes Wortes? Ohne weiteres wird man davon ausgehen dürfen, daß die pontifizischen Juristen, die das Wort so ungewöhnlich hoch schätzten, bei der Feststellung der vielleicht mehrmal bearbeiteten Formeln in der Trias nicht

willkürlich wählten, auch wo das Gesetz ihnen Freiheit ließ. Demnach haben wir den Gedanken zu ermitteln, der leitend war für die Wahl des Kernworts. Nur éin Weg ist gangbar. Die ganz oder nahezu wörtlich überlieferten Sprüche des Prätors müssen gesammelt und erwogen werden. Leider sind dabei zwei erhebliche Hindernisse zu überwinden. Einmal ist die Überlieferung recht dürftig, jedenfalls unvollständig. Sodann stimmen die erhaltenen Formeln gerade betreffs der zu untersuchenden Worte nicht immer überein. In solchen Fällen müssen wir prüfen, welche Quelle die zuverlässigere ist, wenn nicht etwa Grund zur Annahme vorliegt, daß sich das eine Wort durch das andere ersetzen ließ, oder daß in éinem Bescheid zwei Worte gehäuft wurden.

II.

Das prätorische dicere.

Das farbloseste unter den *tria verba* ist das mittlere, das *dicere*. Es kommt auch vor in den Sprüchen der Parteien[1]) und trifft, wie schon der Gebrauch von *iuris dictio* dartut, allgemein[2]) zu, um das Verhalten des Prätors bei der Legisactio zu bezeichnen. Offenbar ist es auch nichts anderes als ein *ius fari* oder *dicere*[3]), wenn sich der Magistrat

---

[1]) Varro l. l. 7, 93. Cic. p. Mur. 12, 26. Gai. 4, 16. — [2]) Vgl. Varro l. l. 6, 30: ... *Praetor qui tum fatus est, si imprudens fecit, ... si prudens dixit...* — [3]) Nach Karlowa, Zivilprozeß 1—10 dürfte freilich die Tätigkeit des Beamten im gesetzlichen Spruchverfahren überhaupt nicht *iurisdictio* genannt werden, denn „*legisactio* und *iurisdictio* beherrschen verschiedene Gebiete". Indessen ist es gewiß unstatthaft, die Zeugnisse, die deutlich das Gegenteil sagen, als ungenau beiseite zu schieben. Bekanntlich heißt das Amt des ältesten Prätors *iurisdictio urbana*, seine Aufgabe ist das *ius dicere inter cives* (z. B. in der Lex Papiria bei Fest. p. 347). Vgl. ferner Suet. bei Priscian Inst. 8, 20 ed. Hertz I p. 387 (daraus Isid. de nat. rer. 1, 4; Orig. 6, 18, 1). Macrob. Sat. 1, 16, 3 (nach Wissowa a. O. 26ff. auch aus Sueton). Liv. 8, 46, 3; 3, 47, 4. Marcian D. 1, 16, 2 pr. und § 1 mit Ulp. D. 1, 16, 3. Ammian. 22, 7, 2. Andrerseits ist allerdings das an gesetzliche Sprüche (Varro: *verba certa legitima*) gebundene *ius dicere* nicht weniger ein *lege agere* als die feierliche Handlung der Parteien. Wer unbefangen liest, findet hiefür einen Beleg bei Gai. 2, 24: ... *(praetor) ... ei qui vindicaverit, eam rem addicit; idque legis actio vocatur,* und wird dann Puchta und Bethmann-Hollweg nicht zustimmen, die

im gesetzlichen Verfahren des Wortes *do* oder *addico* bedient. Bezeugt ist die Verwendung von *dico*, soviel ich sehe, nur[1]) in prätorischen Sprüchen, die zu den Vindikationen hinzutreten. Bei der Grundstücksvindikation hatte der Magistrat nach Cic. pro Mur. 12, 26 den Satz zu sprechen:

suis utrisque superstitibus praesentibus istam viam dico, inite viam,

und demnächst:

redite viam;

er hatte den Parteien den Weg zum Grundstück zu zeigen.

---

es als „Abusus" tadeln, wenn vom Magistrat gesagt ist: *habet legis actionem, data est ei l. actio* (s. Pauly-Wissowa, R. E. I, 304). Selbst der Ausdruck: *est apud eum l. a.* läßt eine andere als die herkömmliche Deutung zu. — Nicht teilen kann ich die zu Gai. l. c. geäußerte Vermutung von Jörs, Untersuchungen z. Gerichtsverfassung 2 A. 4 [und für verfehlt halte ich auch die Darlegung von Schloßmann, In iure cessio und mancipatio (1904) 36f. A. 1. Gaius will mit den angeführten Worten keineswegs etwas „Auffälliges und Merkwürdiges hervorheben". In 2, 24 beschreibt er seinen Lesern zum erstenmal genauer eine Legisactio (Erwähnungen in 1, 134. 184); daher nichts natürlicher ist als die Bemerkung: „und das nennt man eine Legisactio". Für eine Replik gegen Schloßmann 37, 1 ist hier nicht der Ort. Darin ist anscheinend S. mit mir einig, daß die Bedeutungsentwickelung von *agere* und von *lege agere* nicht zu trennen ist. Wer aber den ganzen Stoff überblickt, wie ihn Max Hölzl (Dresden 1894) und jetzt der Thesaurus l. l. vorlegt, wird, glaube ich, zur Überzeugung gelangen, daß die Juristen die Hauptbedeutungen von *actio*, die sie brauchten, durch fortschreitende „Einengung des Gebietes der durch das Wort bezeichneten Begriffe" gewonnen haben].

[1]) O. E. Hartmann, Ordo 1, 21, Voigt, Die Zwölftafeln 1, 521. 540. 613 setzen an den Schluß der Legisactio den Ausruf des Magistrats *diis honorem dico*, wofür sie auf Serv. in Verg. Aen. 1, 632 verweisen. Der Grammatiker sagt, diese Worte oder die anderen: *hinc ad deos* (was Hartmann dazu bemerkt ist freie Vermutung) seien üblich *(mos fuit)* gewesen: *post res serias quae consulto peragebantur in fine actus.* Ob dabei auch an die Jurisdiktion zu denken ist? Mir scheint das sehr zweifelhaft. Und soll denn nach jeder Legisactio, z. B. nach jeder Manumission der Ausruf wiederholt sein? Einmal am Schlusse der Gerichtssitzung mochte er allenfalls am Platze sein. Dann aber wäre er nicht ein Stück der Legisactio. Endlich sagt Servius nicht, daß der Spruch vorgeschrieben war; daß er in zwei verschiedenen Fassungen überliefert ist, spricht auch nicht für die Zugehörigkeit zu den Legisaktionen.

Bekannt ist ferner das prätorische *vindicias dicere secundum alterum* und *secundum libertatem*, die Regelung des Zwischenbesitzes zugunsten einer Partei und im Libertätsprozeß zugunsten der Freiheit. Da der Erfolg dieses *vindicias dicere* der Gewinn eines Rechtsvorteils durch den prätorischen Spruch ist, so lag es sehr nahe, hier auch von einem *dare*, von einer „Verleihung" der Vindizien zu reden. In unseren Quellen treffen wir beide Wendungen an, sowohl das *dicere* wie das *dare*; doch kann darüber kaum ein Zweifel sein, welches das solenne, dem Beamten vorgeschriebene Wort war. Das älteste Zeugnis stammt aus einer zensorischen Rede des M. Porcius Cato vom J. 570 d. St. Darin[1]) heißt es:

praetores secundum populum vindicias d i c u n t,

und damit übereinstimmend bei den einzigen Juristen, die sich zur Sache äußern, bei Pomponius (Dig. 1, 2, 2, 24[2]) und Gaius (4, 16):

secundum aliquem vindicias d i c e r e[3]),

ebenso bei Gellius (20, 10, 9):

vindiciarum d i c e n d a r u m causa.

Der Bericht über den Verginiaprozeß aus Pomponius' Enchiridion verdient besondere Beachtung, weil er, so kurz er ist, die richtige Formel zweimal oder eigentlich dreimal aufweist. Demgegenüber kann es nicht ins Gewicht fallen, daß Asconius zur Corneliana (Or. p. 77), vermutlich in genauer Anlehnung an Cicero[4]), dem frevelnden Dezemvir ein *dare vindicias* zuschreibt, während Livius augenscheinlich Wechsel im Ausdruck anstrebt und um deswillen neben dem korrekten *dicere* (so 3, 56, 6. 3, 58, 7) wie

[1]) Festus v. *vindiciae* ap. Laetum p. 376. — [2]) Was Pomponius von dem Fabelsklaven *Vindex* (nach anderen: *Vindicius*) erzählt, darf nicht etwa wegen Liv. 2, 5, 9f. auf eine Manumissio *vindicta* bezogen werden. Mindestens drei verschiedene Lesarten der Vindiciusgeschichte sind nachweisbar. — [3]) Irrig liest Girard, L'organisation judic. 1 p. 18, 2 p. 20 *a d d i c e r e*. Auf das *f i l i a m iam addictam videre* der Schr. de vir. ill. 21, 3 (wohl gleichbedeutend mit *filiam trahi in servitutem videre* bei Flor. 1, 24, 3; vgl. noch Schol. zu Juvenal 10, 294) wird sich Girard nicht berufen. — [4]) Vgl. de re p. 3, 32, 44: *cum vindicias amisisset ipsa libertas.*

dare[1]) (3, 44, 12. 3, 56, 4. 3, 57, 5) so auch noch *decernere vindicias* (3, 47, 5) gebraucht.

Für das Verständnis der *tria verba* ist m. E., wie ich vorgreifend bemerken muß, die Stelle von Wichtigkeit, wo der Magistrat mit einem der drei Worte einzusetzen hatte. Das *viam dicere* schob sich ein zwischen[2]) die Reden der Parteien; es gehört fraglos zu dem die Streitsache möglichst genau bestimmenden Hauptstück der Legisactio. Als Anhänge schlossen sich an: zunächst die *provocatio sacramento*, vermutlich[3]) auch die Versicherung des Sakraments durch Praedes, ferner die Erbittung[4]) (*postulatio*) des Privatrichters, dessen Ernennung für einen späteren Termin, frühestens nach 30 Tagen, der Magistrat — seit der Lex Pinaria — in Aussicht stellen mochte, endlich[5]) das *vindicias dicere*, dem noch der Befehl des Prätors an den Empfänger der Vindizien, dieser wegen Präden zu stellen, und die Ausführung dieses Befehls nachfolgten. Alle diese Akte, welche die Ausgestaltung des Streitverhältnisses zum Zwecke haben, sind ebenso wie die Intentio des ersten Vindikanten und die Antwort des Gegners an vorgeschriebene Sprüche gebunden[6]), sie alle fallen in den Rahmen des *lege agere sa-*

---

[1]) Dieser Ausdruck auch bei Arnob. Advers. nationes 4, 16. Bechmann, Legisactio sacram. 32, denkt anscheinend an freie Wahl zwischen *dare* und *dicere*. — [2]) Vgl. etwa Keller-Wach [6] a. O. § 14 S. 71f. Karlowa, Zivilprozeß 79. — [3]) Obwohl Gai. 4, 16 diese Praedes erst später erwähnt; s. aber Voigt, Die XII Tafeln I, 597, 19. — [4]) Nach Pseudo-Ascon. Or. p. 164; dazu Mommsen in Bekkers Jahrb. d. gem. Rechts III, 2, 3[a]. A. A. Karlowa a. O. 260, 3. — [5]) Übbelohde, Götting. gel. Anz. 1888 S. 378—383, und bei Glück, Pand. Ser. d. B. 43. 44, V, 637ff. (vgl. auch Pfersche, Die Inderdikte 79f.), hat die Vermutung zu begründen versucht, daß Gai. 4, 16, der die im Text angenommene Reihenfolge bezeugt, nicht das ursprüngliche Recht vorführe. „Im alten Verfahren *sacramento in rem* seien die Vindizien gleich zu Anfang des Rechtsstreits reguliert worden.“ Dem vermag ich nicht zu folgen. — Fragen könnte man, ob nicht der Vindizienverleihung ein förmlicher Antrag (als Bestandteil der Legisactio) seitens der durch die Vorverhandlung hiezu bestimmten Partei voraufging? Keinen Anhalt für die Entscheidung bietet Liv. 3, 44, 5; da aber der Magistrat *vindicias dicit*, womit nicht, wie beim *ad-dicere*, Bezug genommen wird auf eine Parteirede, muß die Antwort eher verneinend lauten. — [6]) Insoweit richtig Karlowa a. O. 87; verfehlt Bethmann-Hollweg a. O. I, 143, 2.

cramento. Wie das *viam dicere*, so erscheint auch das *vindicias dicere* als eine die Ordnung des Prozeßverhältnisses, die vornehmlich Sache der Litiganten ist, ergänzende Tätigkeit des Magistrats.[1]) Wird nun die Rede der Parteien als *dicere* bezeichnet, u. z. nicht bloß von dritten, die davon erzählen, sondern in den solennen Parteisprüchen selbst, wo verwiesen ist auf vorher gesagtes[2]), so sieht man leicht ein, weshalb das Stichwort *dico* auch für die nachhelfende Zwischenrede des Prätors gewählt wurde. Daß sich diese in dem einen der uns bekannten Fälle zugleich als Befehl, in dem anderen wenigstens als Anordnung erweist, das soll natürlich nicht geleugnet werden; so geartet mochten sogar die meisten Zwischensprüche sein, die dem Leiter der Verhandlung in den Mund gelegt wurden. Allein wir brauchen deswegen an der versuchten Erklärung von *dico* nicht irre zu werden. Man wird eben sagen müssen: die gebietende Seite des Spruchinhalts kommt nicht zum Ausdruck in dem Kernwort der Formel.

III.

Die prätorische *addictio*. — Grundwert von *addico*.

Wenn die Verwendbarkeit des einfachen *dico* insofern ohne Schranken war, als der Inhalt des Spruches die Einschaltung dieses Wortes niemals ausschloß, so scheint auf den ersten Blick dem zusammengesetzten *ad-dicere* ein um so engeres Gebiet zuzukommen. Man ist heute gewohnt, in der *addictio* einen „Zuspruch“ zu sehen, der eine „Zuwendung“, eine „Übereignung“ bewirkt. In der Rechtssprache soll diese Bedeutung, wenn nicht die einzige, so jedenfalls die technische sein.[3])

---

[1]) Wider Böcking, Pand. d. röm. Privatrechts [2] 1, 188, der in dem *vindicias dicere sec. libertatem* ein Urteil des Magistrats erblickt, vgl. Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte 2, 132f. — [2]) S. Prob. de not. 4, 6. Gai. 4, 16. — [3]) Vgl. Brissonius, De V. S., Dirksen, Manuale, Heumann-Thon, [9] Handlexikon unter *Addicere, Addictio, Addictus.* Die Verf. der einschlägigen Art. im Vocabularium iurisprud. rom. I, 193f. urteilen vermutlich wie ihre Vorgänger. Der neue Thesaurus l. l. I, 574 anerkennt die Bedeutung *approbare* für die *A.* der Augurn; dagegen heißt es unter II: *A. in iudicio* = *iudicio adsignare.*

Wäre dem ohne weiteres beizutreten, so erschiene der Versuch von vornherein aussichtslos, für jedes der *tria verba* einen Sonderbereich zu ermitteln. Weder dem *dicere* noch dem *dare* gegenüber wäre so eine haltbare Abgrenzung möglich. Die Vindizien wurden, wie oben gezeigt ist, vom Magistrat „diziert". Da dieser Spruch unzweifelhaft eine Zuwendung: die Verleihung des einstweiligen Besitzes der Streitsache enthält, so müßte die Frage ohne Antwort bleiben, weshalb der Prätor die Vindizien nicht besser „addizierte"?[1]) Und wozu überhaupt das dritte Stichwort neben dem *dare?* Das letztere ist ja durchaus am Platze, wo es sich um ein Gewähren, um die Zuwendung eines Vorteils handelt. Sollen also die beiden Ausdrücke synonym sein, soll das Nebeneinander nur zu erklären sein aus dem Bestreben nach Abwechselung?

Den angedeuteten Schwierigkeiten ist, wie ich glaube, leicht zu entgehen, wenn man zurückgreift auf den Grundwert von *addico.* Die Bedeutung „Zuerkennen", „Zuweisen" liegt offenbar dem Wort ursprünglich nicht inne. Das dem *dico* vorgesetzte *ad* kann hier kaum anderen Wert haben als etwa in der Verbindung mit *legere* oder *scribere.* Wer „addiziert", der fügt sprechend oder durch andere Zeichen etwas hinzu zum Spruche oder zur Handlung eines anderen. Vorzugsweise aber wird *addicere* gebraucht, wo der hinzutretende Spruch billigenden, genehmigenden Inhalts ist. Damit im Einklang steht die im epitomierten Festus (p. 13 M.) an erster Stelle gegebene Erklärung:

addicere est proprie idem dicere et approbare dicendo.

Noch größeres Gewicht kommt der ohne Frage sehr alten Verwendung unseres Wortes in der Kunstsprache der Augurn zu. Die Vogelschau darf unbedenklich als die ursprüngliche Methode gelten, deren sich die Augurn bedienten, um den Götterwillen zu erkunden.[2]) Nun heißt es[3])

---

[1]) Liv. 3, 56, 8: ... *qui liberum corpus in servitutem addixisset* wird man nicht entgegenhalten. Wie nahe es lag, die Vindizien „addizieren" zu lassen, zeigt Pomp. D. 1, 2, 2, 24: ... *vindicias filiae suae a se abdixisse;* dazu Cic. de divin. 1, 17, 31, der *abdicere* setzt, um das Gegenteil von *addicere* anzuzeigen. — [2]) Die Gründe für diese Behauptung bei Wissowa in Pauly-Wissowa R. E. II, 2313f. 2332f. 2580—2582; s. auch Mommsen, Staatsrecht [3] 1, 78. — [3]) Belege bei Marquardt, Röm.

von den Vögeln, wenn sie bejahenden, billigenden Bescheid geben: *aves addicunt*, und statt dessen sagt man auch *aves admittunt*, wodurch der Sinn der ersteren Phrase festgestellt ist. Die Sache, worauf die göttliche Zustimmung sich bezieht, bleibt beim Gebrauch der gedachten Formel gewöhnlich ungenannt, während die Person, der die erbetene Antwort zuteil wird, häufig im Dativ daneben steht. Übrigens nimmt *addicere* selbst da, wo der Gegenstand im Akkusativ beigefügt ist, über den der höchste Gott zu- oder abratend sich äußert, keineswegs die Bedeutung von Zusprechen = Überantworten an. Ausreichenden Beweis hiefür erbringt das bekannte Fragment aus dem Grammatiker Lucius Cincius[1]) im Festusartikel *praetor* p. 241:

> . . . *Ubi aves addixissent, militem illum, qui a communi Latio missus esset, illum, quem aves addixerant, praetorem salutare solitum, . . .*

Die Worte: *illum, quem . . . addixerant* bezeichnen den Gegenstand, hier eine Person, betreffs deren die Gottheit ihre Genehmigung hinzugesprochen hatte. Ein Mehreres, etwa eine Zueignung enthält diese *addictio* offenbar nicht.

Genau wie Cincius drückt sich noch Apuleius aus de deo Socratis c. 7:

> . . *horum* (der Dämonen) *enim munus atque opera atque cura est, ut . . . Atto Navio auguria miraculum cotis addicant.*

Gehen wir aus von der dargelegten Grundbedeutung: *addictio* = προςκύρωσις[2]), so ist der Weg leicht erkennbar, der zu anderweitigem Gebrauch des Wortes hinleitet. Sehr häufig erfolgt der bejahende Beispruch des B auf einen in Frageform oder sonstwie gestellten Antrag des A, wodurch dieser eine Zuwendung an sich verlangt. Wenn z. B. A mit dem Antrag hervortrat, B möge ihm die Sache x käuf-

---

Staatsverwaltung [2] III, 406, 13f., vgl. 404; dazu Tacit. ann. 2, 14. Viri ill. 3, 1.

[1]) Über die Lebenszeit dieses Mannes vgl. Wissowa in Pauly-Wissowa R. E. III, 2555. — [2]) So die Glossae latino-graecae im Corp. gloss. lat. II, 4 Z. 46 und Glossae graeco-latinae ebenda II, 422 Z. 11. 12 (προςκυρῶ *addico*).

lich überlassen und B dann „addizierte", d. h. den Verkaufsantrag annahm [1]), so erschien es nur als eine geringe Verschiebung des Sinnes, wenn aus dem Empfänger der zustimmenden Erklärung *(cui addicitur)* der, wenigstens forderungsberechtigte, Empfänger der erkauften Sache wurde. Den Vorgang, der zu dieser Mehrung des Wortwertes führte, dürfen wir dahin bestimmen, daß die Wirkung des bejahenden Beispruchs aufgenommen ist in den Begriff der *addictio* selbst, woraus sich die Bedeutung „Zuspruch" = „Zuwendung der Sache" ergeben mußte.

Übrigens mag es unentschieden bleiben, ob wir den lateinisch ausgedrückten Gedanken überall aufs genaueste

---

[1]) Für diese wichtige, aber wenig beachtete Bedeutung von *addicere* haben wir reichlich Belege. Ständig wird das Wort bekanntlich gebraucht, wo der Verkauf mit Rücktrittsrecht bei besserem Gebot (Plaut. Capt. 181. Dig. 18, 2), und wo er zustande kommt im Weg der Versteigerung (s. Schirmer, De voluntariis privatorum auctionibus 23 A. 106. Bechmann, Kauf 1, 43), gleichviel, ob auf der einen Seite der Staat oder beiderseits Private als Parteien auftreten. Indessen begegnet *addicere* auch, wo es sich um andere als Kaufverträge handelt (so Cic. in Verr. I, 144. III, 51. 83. 88), und recht häufig bezeichnet es — worauf Schirmer a. O. hinweist — die Zustimmung des Verkäufers beim Verkauf aus freier Hand, so bei Plautus Mercat. 616; Poen. 498 (Demelius, Ztschr. f. R.-G. 2, 185), wie bei späteren: z. B. Cic. ad Att. 10, 5, 3; Phil. 7, 15. Hor. sat. 2, 5, 109. Plin. n. h. 17, 1, 3f. Plin. ep. 7, 11, 1. 6. Jul. D. 17, 1, 22, 4; D. 41, 4, 7, 6. Ulp. D. 7, 1, 27, 3. Die Ansicht von Pernice, Labeo III, 1, 103f., der schon im alten Staatsvermögensrecht, bei der quästorischen Versteigerung eine (hier dinglich wirkende) *addictio* findet mit dem Charakter einer „einseitigen obrigkeitlichen Anordnung", halte ich für unbegründet. Die Beschränkung des Wortgebrauchs auf den Fall der Versteigerung kann nichts Zufälliges sein. Wo die Beute vom Feldherrn den Soldaten zugeteilt wird, steht *dare, concedere, dividere,* nicht *addicere;* vgl. die zahlreichen Belege bei Böcking, Pand. 2 § 142, 13 [und jetzt die vollständige Sammlung aller Beutestellen aus Livius in den Mélanges Ch. Appleton 309—368. Lyon 1903]. Abwegig auch Brinz, Pand. [2] 1, 592. — Wie die spät entstandene „Addiktion" der unverkäuflichen Pfandsache, die allerdings „einseitige Anordnung" ist, zu ihrem Namen gelangte, das ersieht man leicht aus Ulp. D. 42, 1, 15, 3. Ähnlich dürfte die von K. Marcus eingeführte *addictio bonorum* (I. 3, 11, 1) zu beurteilen sein. Mit dem alten *addicere* des *lege* agierenden Beamten sind diese beiden Fälle m. E. nicht zusammenzustellen. — Im übrigen wird es genügen auf Pauly-Wissowa, R. E. I, 350f. zu verweisen.

verdeutschen, wenn für *addicere alicui aliquid* kurzweg gesetzt wird: „Jemandem etwas zuweisen, zuschlagen." Immerhin ist dies die bequemste Übertragung, und sofern man bloß die Wirkung des *addicere* betonen will, auch nicht unzutreffend. Nur sollte man nicht vergessen, daß die gedachte Nebenbedeutung streng genommen nicht der *addictio* als solcher eignet, sondern bedingt ist durch den Inhalt des ihr voraufgehenden Antrags; und vermeiden sollte man es jedenfalls, aus dem „Zuspruch" allein das Recht des Erwerbers auch da abzuleiten, wo der Addizierende nicht die eine von zwei Parteien ist, die der anderen „zustimmt", sondern ein dritter in übergeordneter Stellung, der durch ein genehmigendes Wort das zwischen A und B vereinbarte Geschäft nur vollendet.

Auf den letzteren Punkt ist weiterhin näher einzugehen. Vorher aber muß noch die Frage erledigt werden, wie es sich verhielt mit der im Texte der Zwölftafeln vorkommenden *addictio*. Eine dem Privatrichter[1]) gegebene Vorschrift (1, 8) lautet:

praesenti litem addicito.

Nach der richtigen, ziemlich allgemein anerkannten[2]) Deutung will das Gesetz sagen: Das Urteil ist im Fall des Ausbleibens einer Partei zu sprechen zugunsten des gegenwärtigen, mag dies der Kläger oder der Verklagte sein, mag der Prozeß über ein absolutes Recht oder eine Forderung geführt sein. Darnach ist *lis* nicht der (körperliche) Streitgegenstand, der dem anwesenden zu überantworten wäre, sondern der Prozeß, betreffs dessen der Richter einen dem Antrag der erschienenen Partei stattgebenden Spruch zu fällen hat. Mithin bewährt sich an der Zwölftafelstelle die für das *addicere* oben behauptete Urbedeutung, und nur

---

[1]) Nicht dem Magistrat; s. Pauly-Wissowa, R. E. I, 349f. [Schloßmann, Schuldrecht 146 freilich, dem die addictio = „Zusprechung des Verklagten" ist, leugnet die Möglichkeit einer vom „Geschworenen" ausgehenden *addictio*]. Verwandt dem *litem addicere* ist *litem dare secundum* ... (Cic. p. Rosc. com. 1, 3). — [2]) Jüngst von Pernice, Ztschr. f. R.-G. R. A. 27, 160 und 32, 143. Girard, L'organisation judiciaire 1, 88. Weitere Literatur bei Keller-Wach, Zivilproz. [6] § 13, 201, Pauly-Wissowa, R. E. I, 121.

wenn sie zugrunde gelegt wird, ergibt sich dem Leser die allgemeine Norm über die Ausbleibensfolge, die wir nach dem Zusammenhang der von Gellius 17, 2, 10 überlieferten Gesetzesbestimmungen erwarten müssen.

IV.

Das Gesetz der Zwölftafeln über den *fur manifestus*.

Ob die Zwölftafeln außer in 1, 8 sonst[1]) noch das Wort *addicere* aufwiesen, das ist nicht ganz sicher. Vermutet wird es in einer vom *fur manifestus* handelnden Stelle (8, 14), wo es die vom Magistrat im Legisaktionenverfahren zu verhängende Strafe bezeichnet haben soll. Über den Inhalt dieses Gesetzes berichtet Gellius 11, 18, 8:

ex ceteris .. manifestis furibus liberos verberari addicique iusserunt (decemviri) ei cui furtum factum esset, ...

Etwas anders drückt sich Gaius 3, 189 aus:

Poena manifesti furti ex lege XII tabularum capitalis erat. nam liber verberatus addicebatur ei cui furtum fecerat; utrum autem servus efficeretur ex addictione, an adiudicati loco constitueretur, veteres quaerebant.

Zwei Auffassungen sind möglich. Entweder will Gaius sagen: die Strafe des *fur manifestus* war nach Zwölftafelrecht kapital; denn die Dezemvirn ordneten Züchtigung und Addiktion an. Oder aber: den *f. m.* traf nach dem Gesetze, d. h. nach den Worten des Gesetzes, Kapitalstrafe; das gegen ihn angewendete Verfahren bestand nämlich *(nam)* darin, daß er gezüchtigt und hierauf (vom Magistrat) dem Verletzten addiziert wurde.

Billigt man die erstere Auslegung, so ist Gaius völlig in Einklang gebracht mit Gellius; doch wird ihm eine Aussage über die Fassung des Gesetzes untergeschoben, die nicht in seinen Worten liegt. Nimmt man dagegen den Gaianischen Bericht wie er lautet, so belehrt uns anscheinend zwar der erste, nicht notwendig auch der zweite, mit *nam* beginnende Satz über den Text der Zwölftafeln. Ob und

[1]) Nutzlos wäre es, auf Paul. Fr. Vat. 50 in f. Mutmaßungen zu gründen.

wie die gerichtliche Behandlung des Diebes von den Dezemvirn selbst geordnet war, darüber lassen uns die Institutionen im Zweifel. Nur die tatsächliche Übung stellen sie fest; *verberatio* und *addictio* könnten auch lediglich auf ausführender Praxis beruhen.

Gellius hingegen verschweigt — wofür er guten Grund hat — gerade das, was Gaius als das wichtigste voranstellt, die Androhung der Kapitalstrafe und meldet nur, wie die Strafe ins Werk gesetzt wurde. Wenn er hinzufügt, dies sei von den Dezemvirn so bestimmt, so kann das buchstäblich richtig und demnach sein Bericht nur unvollständig sein. Indes verdienten er und sein unbekannter Gewährsmann auch dann keinen ernstlichen Tadel, wenn der Legaltext über Züchtigung und Addiktion geschwiegen haben sollte. Wie Gai. 1, 165 [1]) klar erweist, war der Vorgang keineswegs ohne Beispiel, das erst durch Interpretation entstandene Recht den Gesetzverfassern unmittelbar zuzuschreiben. [2])

Die neueren Gelehrten, voran die Wiederhersteller der Zwölftafeln, haben es unterlassen, an den Mitteilungen des Gellius Kritik zu üben. Ehe der echte Gaius ans Licht trat, fehlte hiezu allerdings die Handhabe. Später aber hätte man Veranlassung gehabt, die beiden Berichte genauer miteinander zu vergleichen. Da dies nicht geschah, ist es wohl heute noch gemeine Meinung, daß bei Gellius die Legalworte selbst, u. zw. vollständig überliefert seien. [3])

---

[1]) Dazu Ulp. 11, 3; D. 26, 4, 3 pr. 1. Vgl. auch Wlassak, R. Prozeßgesetze 2, 112, 24. Mommsen, R. Strafrecht 712, 1. — [2]) Infolgedessen könnte uns heute manches als Ausspruch der XII Tafeln gelten, was erst ein Ergebnis späterer Interpretation ist. Dagegen scheint mir die von Pais sehr geistreich eingeleitete, von Lambert fortgesetzte Bestreitung der Echtheit der XII Tafeln durchaus nicht überzeugend zu sein. Die gründlichste Abwehr jener Angriffe verdanken wir der bewunderungswürdigen Gelehrsamkeit von P. F. Girard: Nouvelle revue hist. de droit XXVI (1902), 381ff. Ihm antwortet wiederum Lambert, L'histoire traditionelle des XII tables (Lyon 1903). — [3]) Dirksen, Zwölftafelfragmente 579—581, Voigt, Die XII Tafeln 1, 629. 716, ebenso Karlowa, Rechtsgeschichte 2, 256f., und wohl auch Mommsen, Abriß 26; Röm. Strafrecht 750, 3. 751. 907, 3, neuestens Manzini, Trattato del furto 1, 217 (1902).

Verberatus addicitor cui furtum factum est:
so ungefähr soll die Norm gelautet haben. Dabei wird schlichtweg vorausgesetzt, daß die den Dieb treffende Hauptstrafe durch das Wort *addicitor* ohne jeden Beisatz genügend ausgedrückt sei. Allein gerade diese Annahme unterliegt gewichtigen Bedenken. Zunächst steht so viel wohl fest, daß der Ausdruck *addicere* nicht vom Anfang an für den Zuspruch eines Menschen in die Schuldknechtschaft gebraucht sein kann. Was das Wort ursprünglich sagen will, und daß es in diesem ursprünglichen Sinn in den Zwölftafeln einmal vorkommt, das ist oben (III) gezeigt. Nun verstehen allerdings Plautus und die späteren[1]) unter einem *addictus* den durch obrigkeitlichen Spruch verknechteten Schuldner, obgleich es auch andere auf Menschen bezügliche Addiktionen gab, z. B. bei der gerichtlichen Zession eines Sklaven und bei der Freilassung. Erwägt man aber, daß derartige Sprüche sicher am häufigsten im Exekutionsverfahren ergingen, so wird es begreiflich, daß man *addicere* ohne weiteren Zusatz verwenden konnte, um den Verknechtungsspruch anzuzeigen und demgemäß auch die Schuldknechte kurzweg *addicti* nannte. So wenig dieser abgeleitete Sprachgebrauch zu bestreiten ist, so schwer dürfte es fallen, ihn schon der vordezemviralen Zeit beizumessen: eine Annahme, die doch unvermeidlich wäre, falls der Zwölftafeltext, wie er von den neueren hergestellt ist, für richtig gelten soll.

Indes erweist sich die Fassung: *verberatus addicitor* selbst dann als unhaltbar, wenn die Zeitbestimmung, die wir entschieden ablehnen, zugestanden würde. Das Dezemviral-

[1]) Plaut. Bacchid. 1205; Merc. 616 (Spiel mit dem Doppelsinn! s. oben S. 13 A. 1. Demelius, Ztschr. f. R.-G. 2, 185); Poen. 833. 564. 1341. 1361 (daß nicht *addictio* wegen *furt. man.* in Frage steht, zeigt Demelius a. O. 1, 367 ff. Poen. 720 ist m. E. eher den Belegen in A. 1 S. 13 anzureihen); Rud. 891. Naev. (richtig: *Novius*) bei Cic. de orat. 2, 255. Cic. p. Rosc com. 41; p. Mil. 87. Varro l. l. 6, 61. Liv. 6, 14, 10. 6, 15, 9. 6, 20, 6. 6, 27, 8-10. 6, 34, 2. 6, 36, 12. Val. Max. 7, 6, 1. Sen. ben. 3, 8, 2. Quintil. 3. 6, 25 (schon der Wortlaut schließt die Beziehung auf den Freiheitsverlust nach dem S. C. Claudianum aus, die Huschke, Nexum 71 A. 87 behauptet). 5, 10, 60. 7, 3, 26 f. (Quintil.) decl. 3, 17 und 311. Gell. 20, 1, 19. 44. 48. 51.

gesetz kann nämlich im Sinne seiner Urheber unmöglich das enthalten haben, was wir bisher darin fanden. In der Tat berichtet auch der Jurist Sextus Caecilius (bei Gell. 20, 1, 7), ohne die Möglichkeit eines Zweifels irgend anzudeuten:

(lex) . . . furem manifestum ei, cui furtum factum est, in servitutem tradit.

Also eine *addictio*, die den Dieb nicht zum „*addictus*", sondern zum Sklaven macht. Ersteres konnte das Gesetz gar nicht anordnen, weil es einen Loskauf von der Strafe nicht kennt, während die Schuldknechtschaft nur Mittel zum Zweck ist, demnach vorgängige Feststellung der Schuld, nötigenfalls auch Umwandlung in Geld voraussetzt und durch Tilgung der Geldschuld wegfallen muß.[1]) Wollte man aber das vermeintlich zusatzlose[2]) *addicitor* als Zuspruch in die Sklaverei verstehen, so wäre damit eine Bedeutung zugrunde gelegt, die völlig unbeglaubigt und überdies unverträglich ist mit dem von der Zeit des Plautus ab nachweisbaren Sprachgebrauch. Natürlich dürfen wir zu so gewagten Vermutungen nicht greifen, bloß zu dem Ende, eine durch nichts unterstützte, wenn auch durch Verjährung geheiligte Aufstellung der neueren Gelehrten aufrechtzuhalten.

Nur ein Punkt bedarf allerdings noch der Aufklärung, um das Ergebnis der vorstehenden Erwägungen gegen Anfechtung zu sichern. Wenn es ein unvollziehbarer Gedanke war, auf den handhaften Diebstahl die Schuldknechtschaft als Strafe zu setzen, wie soll hiernach die von Gaius (3, 189) erwähnte Meinungsverschiedenheit beurteilt werden? Eines ist sicher: lebendiges Recht konnte sie nicht zum Gegenstand haben[3]); nur in den Schriften der Gelehrten mochte sie auftauchen und darin unerledigt ein papierenes, aber unverwüstliches Dasein führen. Die wahre Quelle der Streitfrage und die Zeit, der sie angehört, hat Th. Mommsen[4])

---

[1]) Diesen durchschlagenden Grund macht Mommsen, Strafrecht 946, 1 (vgl. 906, 2) geltend. — [2]) Bei Plaut. Poen. 521 verwahren sich die Zeugen dagegen, dem verliebten Agorastocles wie unfreie Knechte zu dienen, mit den Worten: *ne tuo nos amori servos [tuos] esse addictos censeas.* Ähnlich das Schol. zu Juven. 10, 294. — [3]) Anders Girard, Manuel [3] 402 f. und trotz Berufung auf Mommsen auch Hitzig, Ztschr. f. R.-G. R. A. 36, 323. — [4]) In der Festgabe f. G. Beseler 257;

längst richtig erkannt. Erst nachdem die Strafe des Vierfachen den Satz der Zwölftafeln verdrängt hatte, traten gewisse Juristen für die mildere Auslegung ein, offenbar nur, um das Prinzip ausnahmslos und als von jeher gegeben durchzuführen, daß der Römer im römischen Rechtskreis nicht Sklave werden könne.[1]) Gehen wir aus von dieser einleuchtenden Erklärung, so schwindet der Verdacht einer unklaren[2]) Fassung des Dezemviralgesetzes. Die Interpreten, die in tendenziöser Absicht einen posthumen Streit entfachten, werden sich gerne damit beschieden haben, den Anschluß an die bewußt mißverstandene Norm notdürftig herzustellen.

Sind wir nach alledem der Erkenntnis des verlorenen Textes näher gekommen? Wir wissen jetzt: von den Zehnmännern ist als Strafe des *furtum manifestum* der Eintritt in die Sklaverei verordnet. Dieser Rechtssatz kann durch ein nacktes *addicitor* nicht ausgedrückt sein. Die gegenteilige Annahme ist unvereinbar mit dem Sprachgebrauch; der Gellianische Bericht 11, 18, 8, die einzige scheinbare Stütze, versagt völlig, sobald der dort benutzte Autor den Anhängern der milderen Auslegung zugezählt wird.[3]) Andrerseits ist mit der Ablehnung des alleinstehenden *addicitor* die Frage noch nicht erledigt, ob das Wort im Furtumsgesetz überhaupt nicht vorkam. Die schon erörterten Berichte von Gaius und Gellius sind in diesem Punkte m. E. nicht ganz entscheidend; dennoch spricht größere Wahrscheinlichkeit für die Annahme, daß beide Schriftsteller die *addictio* nicht bloß aus der Praxis, sondern aus dem Gesetze

---

dazu jetzt Röm. Strafrecht 751, 2. 946, 1. Wann die Kontroverse aufkam, darüber äußert sich Mommsen zwar nicht ausdrücklich, doch ist seine Ansicht aus dem StfR. 946 und A. 1 gesagten zu erschließen. Selbst Karlowa, Rechtsgeschichte 2, 256f., der M. bekämpft, läßt die im Texte vertretene Zeitbestimmung gelten.

[1]) Vgl. Cic. pro Caec. 99f. de domo 77—79. — [2]) Aus einer Zweideutigkeit von *addicitor* scheint Karlowa a. O. 2, 256f. (vgl. 2, 776f.) den Streit der Juristen herleiten zu wollen, obwohl er selbst im *addicere* den „für die Begründung der Schuldknechtschaft gebräuchlichen Ausdruck" erkennt und darnach auch den wahren Sinn der Zwölftafelnorm bestimmen will. — [3]) Denn unter dieser Voraussetzung bedeutet *addici iubere* die Androhung der Schuldknechtschaft.

selbst in ihre Darstellung herübernahmen. War aber die obrigkeitliche *addictio* von den Dezemvirn besonders vorgeschrieben, so hieß das nichts anderes als: die Genehmigung des Beamten muß hinzutreten zum formulierten klägerischen Spruche, mittels dessen der Verletzte sein aus dem Delikt entsprungenes Recht gegen den Dieb in Anspruch nimmt. Ihre Spitze kehrt diese Vorschrift wider die Selbsthülfe, die beim handhaften Diebstahl außerordentlich nahe lag, die vermutlich noch im Rechte der römischen Urzeit anerkannt war und vielleicht gerade von den Dezemvirn erstmals ausgeschlossen ist.

Was hiernach das Gesetz in dem von der Addiktion handelnden Satze bestimmte, betraf bloß das Verfahren, regelte lediglich die Art, wie der Dieb der Bestrafung zuzuführen, nicht auch, welches Strafübel ihm aufzulegen sei. Diese Hauptsache aber konnten die Dezemvirn nicht wohl unberührt lassen und als bekannt voraussetzen. Fraglich nur, ob sich über das Wort, das die Strafe anzeigte, eine Vermutung aufstellen läßt, die nicht allzusehr den Vorwurf der Willkür verdient.

In der schon einmal benutzten Institutionenstelle berichtet Gaius (3, 189), ehe er des Streits über die Folgen der Addiktion gedenkt:

Poena manifesti furti ex lege XII tab. capitalis erat;

und im folgenden Buche (4, 111) führt er diesen Satz nochmals wie etwas feststehendes an. Denselben Eindruck macht eine Bemerkung des Grammatikers Servius (ad. Aen. 8, 205):

pro ingenti scelere furis nomen posuit: capitale enim crimen apud maiores fuit ante poenam quadrupli.[1])

Allem Anschein nach war also die *poena capitalis* immer außer Streit, anerkannt auch von den Vertretern der milderen Auslegung, obgleich sie diesen Schwierigkeiten bereiten mußte. Daß sie aber unangefochten blieb, das erklärt sich aufs beste und einfachste, wenn der Legaltext selbst ein *capite luere* vorschrieb, z. B. in folgender Weise:

libero si . . . capital esto.[2])

---

[1]) Übereinstimmend Isidor. orig. 5, 26, 19. Theoph. ad. I. 4, 12 pr. — [2]) War der Dieb unfrei, so wurde er hingerichtet (Gai. 3, 189);

Mit den so oder ähnlich lautenden Gesetzworten mochten sich die *veteres*, die dem *fur manifestus* die Freiheit wahrten, derart abfinden, daß sie sagten: auch die zur Schuldknechtschaft führende Addictio[1]) bedrohe schon das *caput*, da der Schuldner den Zwölftafeln gemäß, falls die Lösung binnen 60 Tagen nicht erfolgte, getötet oder als Sklave ins Ausland verkauft wurde.[2])

Die vorstehende Ausführung über das Furtumsgesetz hat ihren Zweck erfüllt, wenn sie Einwendungen abschneidet, die man gestützt auf einen vermeintlichen Sprachgebrauch der Dezemvirn gegen die oben angedeutete Auffassung der *addictio* des Beamten erheben möchte. War das prätorische Stichwort im Sinne von „Übereignung" den Zwölftafeln noch fremd, so rechtfertigt sich vollends der Versuch, bei der näheren Bestimmung desselben lediglich die Grundbedeutung ins Auge zu fassen. Dieser zufolge erhält ein Spruch das besondere Gepräge der *ad-dictio*, wenn er zur vorauf-

nach Gell. 11, 18, 8 verordnete das Gesetz Geißelung und Felzsturz. Wenn das Verbrechen des Bürgers vorher für „capital" erklärt war, so mußte dies zunächst vom Freiheitsverlust verstanden werden; doch war die private Todesstrafe darin begriffen, der Vollzug dem Belieben des Verletzten anheimgegeben. Über den Begriff der Capitalstrafe vgl. Voigt, XII Tafeln 1, 485 f. Mommsen StfR. 907: „Die *poena capitis* ist zunächst die Todesstrafe ... aber ... wohl von jeher auf den Verlust der Freiheit und des Bürgerrechts erstreckt worden"; betreffs der Behandlung des *fur man.* insbesondere Mommsen a. O. 62. 750, 3. 905. 931, 3. 941.

[1]) Die Annahme von Voigt, Berichte der sächs. Gesellsch. Phil.-hist. Kl. 34, 80—82. 88—90. 96; XII Tafeln 1, 622—627. 2, 359 f., der auf die *domum ductio* in einem zweiten Termin nach 60 Tagen den „Zuspruch" *(addictio)* des Schuldners folgen läßt, ist sicher falsch. Vgl. außer den in meinen Prozeßgesetzen 1, 96, 27 a. E. angeführten Stellen noch Plaut. Bacch. 1205; Merc. 616 (oben S. 17 A. 1). Liv. 6, 27, 10 *(neque duci addictos tribuni sinebant).* Mart. 9. 3, 10 und Sex. Caec. bei Gell. 20, 1, 44 mit 20, 1, 45. 47 (§ 44: *iudicati addicebantur, nervo quoque aut compedibus vinciebantur.* § 45: *secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus).* Für Voigt erklärt sich Cuq, Institutions 1, 428, wider beide P. Maria, Le vindex (Paris 1895) 108 ff. [Unrichtig Schloßmann, Schuldrecht 146, 1]. — [2]) Die Auffassung der Personalexekution nach den XII Tafeln als Strafe war den röm. Juristen geläufig: Sex. Caec. bei Gell. 20, 1, 47 f. S. auch Karlowa, Zivilprozeß 160. A. Pernice, Münch. krit. Vierteljahrsschr. 22, 258 Anm.

gehenden Rede oder Handlung eines anderen hinzutritt, um sie zu bestätigen oder sonst ihre Wirkung zu fördern.

Nunmehr ist zu fragen, ob die gegebene Begriffsbestimmung die Probe besteht bei allen dem Legalverfahren der alten Zeit eingeordneten Beamtensprüchen, in denen das Wort *addicere* vorkommt. Die überlieferten Fälle, die hergehören, sind die *in iure cessio*, die ***manumissio vindicta*, die *manus iniectio*, das Verfahren wider den *fur manifestus* und unter gewissen, der Regel nach eintretenden Voraussetzungen die Ernennung des Privatrichters.**

V.

Confessio in iure und In iure cessio. — Die Formen.

Von den genannten Rechtshandlungen gilt die erste den neueren Gelehrten [1] fast allgemein als eine Abzweigung der Confessio *in iure*, die jedoch frühzeitig zu „dogmatischer Selbständigkeit“ [2] gelangt sei. So ansprechend diese Lehre auf den ersten Blick erscheint, so anfechtbar ist doch ihre Herleitung aus den Quellen. Wie ich anderswo zu zeigen gedenke, kennt die Legisaktionenzeit kein gerichtliches Anerkenntnis dinglicher Rechte, das von der Injurecessio verschieden wäre. Auch der Name *confessio* war ursprünglich beschränkt auf die Schuldanerkennung, und selbst das Rubrische Jurisdiktionsgesetz (c. 22) bietet noch keinen verlässigen Beleg dafür, daß schon gegen das Ende der Republik der Ausdruck *confiteri* für das gerichtliche *cedere* der Vindikation gegenüber im Gebrauche war.

Beweislos hingestellt können freilich diese Behauptungen für die folgende Darlegung kaum in Betracht kommen.

---

[1] Bethmann-Hollweg, Degenkolb, Demelius, Kipp, Giffard u. a. Abseits stehen P. Krüger, Münch. krit. Vierteljahrsschr. 22, 415 und A. S. Schultze, Privatrecht und Prozeß 1, 455—463. 481—485 mit Ansichten, die einander durchaus widersprechen. Ersterer leugnet jeden Zusammenhang der sog. freiwilligen Legisactio mit der Confessio, letzterer tritt für die Einheit ein. Trotz des Zusammentreffens im letzten Ergebnis kann ich mich Schultze nicht anschließen, andrerseits auch meine Ausführung in Pauly-Wissowa, R. E. I, 350 im vollen Umfang nicht weiter aufrechterhalten. — [2] S. Jhering, Geist [3] III, 1 § 58 S. 285 f.

Daher werden wir einstweilen noch von der hergebrachten Lehre ausgehen, die dingliche Confessio von der Zession trennen und darnach erwägen müssen, ob die beiden Geschäfte genau denselben Formen unterworfen waren, ob insbesondere die bloß für die Zession bezeugte[1]) Addictio auch dem „echten" Anerkenntnis zuzuschreiben sei.

Der letztere Punkt ist zwar meines Wissens bisher nicht streitig geworden. Soweit darüber Äußerungen[2]) vorliegen, gehen sie alle dahin, die Verbindung der Addictio mit der Confessio wie etwas selbstverständliches zu bejahen. Allein wer[3]) sich überall für befugt hält, die Formenidentität in Zweifel zu ziehen, der hat, wie sich bald erweisen wird, nur allzufreie Wahl in der Gestaltung der sog. „echten" Confessio. Spricht er ihr die Addictio zu, so ist diese Entscheidung gerade so willkürlich wie es die gegenteilige auch wäre.

Forscht man nämlich nach dem Grunde, der jenen Zweifel erregen mochte, so zeigt sich nichts anderes als eine vorgefaßte Meinung. Schon die alte Confessio soll so wesentlich anders gewirkt haben als die Injurezession, daß eine Abweichung auch in der äußeren Erscheinung nur natürlich wäre. Solcher Schluß mag an sich berechtigt sein; jedenfalls kann er nur bestehen zusammen mit dem Vordersatz. Dieser aber ist frei ersonnen, da die Quellen über die „echte" dingliche Confessio auch nicht das mindeste enthalten.

Nun will man freilich gerade für die Verschiedenheit der den fraglichen Rechtsakten gegebenen Formen einen Beleg gefunden haben: durch Vergleichung von Gai. 2, 24 mit Gai. 4, 16. Doch ist auch dieser Versuch augenscheinlich mißraten, da er auf einer Verwechselung beruht. Vergleichen wollte man ja den äußeren Vorgang bei der Injurezession einerseits, beim „echten" dinglichen Anerkenntnis

---

[1]) Gai. 1, 134; 2, 24. Ulp. 19, 9. 10. Bei Gell. 5, 19, 3 ist die *addictio* nicht erwähnt. — [2]) Bethmann-Hollweg a. O. I, 117f. 190f. II, 542 (hier etwas zweifelnd). Karlowa, Zivilprozeß 113. Degenkolb, Einlassungszwang 285. Demelius, Confessio 65. 76. 89. 94. Wach bei Keller, Zivilproz. [6] § 63, 725. Giffard a. O. 26. — [3]) Degenkolb a. O. 253. Demelius, Conf. 102.

andrerseits. Was aber beschreibt uns Gaius hier und dort? In der ersten Stelle allerdings die Zession; dagegen in der zweiten nicht was zu erwarten ist: das Verfahren mit einer geständigen Gegenpartei, sondern den Streitprozeß mit Contravindicatio. Wozu also taugt der Nachweis, daß die *festuca* und anderes, was nach Gaius zum Streitverfahren gehört, in der Schilderung der Zession fehle?[1]) Damit wäre nur dargetan, daß die Legisactio unter friedlichen Parteien andere Formen hatte als im Streitfall. Das aber genügt hier nicht; hinzukommen müßte noch der meines Erachtens unerschwingliche Beweis, daß die Legisactio mit einem Confessus nicht den für die Zession überlieferten Formen entsprach, sondern, der Wahrscheinlichkeit zum Trotz, so gestaltet war wie das Streitverfahren.[2])

Wie sich aus dem gesagten ergibt, haben wir nicht den geringsten Grund, an der vollen Gleichheit der für das dingliche Anerkenntnis und für die Injurezession geltenden Formen zu zweifeln. Demnach wird auch das Vorkommen der Addictio bei der „echten" Confessio als gesichert zu betrachten sein. Nur nebenbei sei noch bemerkt, daß die eben behandelte Frage natürlich als gegenstandslos wegfallen müßte, sobald die Absonderung der dinglichen Confessio von der Zession im älteren Recht als eine irrige Annahme der neueren Gelehrten erkannt wäre.

VI.

Die prätorische *addictio* bei der In iure cessio. Kritik neuerer Ansichten.

Die Addictio als Stück der Legisactio muß hauptsächlich nach dem beurteilt werden, was die Quellen über die

---

[1]) Ein Verzeichnis der Schriftsteller, die den Bericht über den Vindikationskampf mit der Schilderung der Injurezession vergleichen, gibt Kipp in Pauly-Wissowa R. E. III, 2001; dazu noch M. Voigt, Die XII Tafeln 2, 54f. Bechmann, Legisactio sacram. 23. [Schloßmann, In iure cessio und Mancipatio 25]. Die Beobachtungsergebnisse stimmen nicht überein; uneinig ist man besonders hinsichtlich des Gebrauchs der *festuca* bei der Zession. Mit dem Satz im Texte will ich in diesem Streite nicht Stellung nehmen. — [2]) Genauere Ausführung des oben angedeuteten bleibt vorbehalten.

Injurezessio bieten, da über die sonstige Verwendung des Wortes nur gelegentliche und dürftige Andeutungen vorliegen. Gaius bezeugt zweimal (S. 23 A. 1) die folgende Reihe:

vindicatio, cessio, addictio.

Er beschreibt den Verlauf des Formalgeschäftes, belehrt uns also über die zeitliche Aufeinanderfolge der zugehörigen Akte, während Ulpian, von der Absicht geleitet, das wichtigste und Namen gebende auch als erstes anzuführen, die Vindicatio mit der Cessio den Platz tauschen läßt. Betreffs der Addictio herrscht Übereinstimmung; sie nimmt überall die letzte Stelle ein und erweist sich demnach, entsprechend dem früher über den Grundwert von *addico* dargelegten, als das zur fertigen Parteienaktion hinzugefügte, den Gesamtvorgang abschließende Stück.

Bis hierher reicht unser unmittelbar aus den Quellen geschöpftes Wissen; dieser Grundlage aber fügt sich kein anderer Gedanke so ungezwungen ein wie der, die prätorische Addiktion als staatliche Genehmigung und Bekräftigung des von den Parteien gesetzten Geschäftes zu betrachten. Nicht als wirkende Ursache darf der magistratische Spruch gedacht werden, so unerläßlich er auch ist für den Eintritt der Rechtsfolge; nicht er überträgt Eigentum, schafft oder vernichtet Servituten und andere Rechte. Wie es verkehrt wäre, statt aus dem Geschäft des Mündels die Rechtsänderung aus dem hinzukommenden Vollwort des Tutors abzuleiten, ebenso unstatthaft ist es, bei der gerichtlichen Zession den prätorischen Spruch als das eigentlich maßgebende anzusehen und daneben die Legisactio der Parteien als bloß vorbereitend in den Hintergrund zu drängen. Wie dort der Ausdruck *auctoritas*[1]) („Mehrung") so weist hier das *ad-dicere* deutlich auf die Unselbständigkeit der dem Beamten vorbehaltenen Mitwirkung. Nur zusätzlich, nur in Anlehnung an die anderweit beschaffte Hauptaktion lassen die Römer den Magistrat handeln, und demzufolge schreiben sie das *cedere* der veräußernden Partei zu, niemals dem Prätor.

---

[1]) Vgl. besonders Mommsen, R. Staatsrecht III [2] 1037—1039 über die *patrum auctoritas*.

Die Eigenart der die Zession vollendenden Addictio war etwas sorgfältiger zu begründen, weil die Mehrzahl unserer Schriftsteller [1]) einer wesentlich anderen Auffassung huldigt. Nicht bloß bekräftigend, sondern „konstitutiv“, Recht schaffend oder übertragend soll der amtliche Beispruch gewirkt haben. Diese Aufstellung ist um so befremdlicher, als die neuere Literatur bekanntlich die Parteienherrlichkeit für das besondere Kennzeichen der Legisactio ausgibt, dem Beamten das Recht der „Leitung“ am liebsten versagen möchte, seinen Einfluß nur als „sekundär“ gelten läßt. [2])

Woher also nimmt man das Recht, die Rolle des

---

[1]) Puchta, Institutionen [10] II, 194—196 (§ 238). Savigny, System VII, 21 („Addiktion des Prätors, die das Eigentum übertrug“). Scheurl, Beiträge I, 323 („addictio ius facit“). Böcking, Pandekten d. röm. Privatrechts II, 65. 68. 70. B. W. Leist, Ziv. Studien IV, 187, 5 und in Glück, Pand. B. 37. 38 IV, 322 (wenn ich recht verstehe; eine andere Äußerung von Leist unten S. 34 A. 1). Pernice, Ztschr. f. R.-G. R. A. 18, 40, 3. Padelletti-Cogliolo, Storia del diritto Rom. [2] 229, r. Cogliolo, Storia del diritto priv. Rom. 2, 39. 43. Bechmann, Legisactio sacram. 26. 32. 47. Degenkolb, Tübinger Festgabe f. Jhering 143, 1. Sohm, Institutionen [11] 56f. 237, 15 (S. spricht vom „Zuspruch der Sache“ und beruft sich auf Bechmann). Hingegen fassen die Addictio als Bestätigung auf: Bethmann-Hollweg a. O. I, 117f. II, 95. 542. Demelius, Confessio 94. 101. Brinz, Münch. Festg. f. Planck 157 („Urlaub“). Cuq, Institutions jurid. I, 440. 443 (nicht ohne Schwanken). Wlassak in Pauly-Wissowa R. E. I, 350. Giffard a. O. 26f. Die Lehre vom Eigentumsübergang durch Addictio bekämpft auch J. E. Kuntze, Leipz. Festgabe f. Otto Müller 70f.; doch möchte er ihr am liebsten nur „Konstatierungszweck“ zuschreiben; ähnlich v. Czyhlarz, Institutionen [6] 113. Durch nichts begründet ist die Zusammenstellung des prätorischen Spruchs bei der Zession mit dem richterlichen Urteil (so Schweppe, Röm. Rechtsgeschichte [3] 454f. 496f. Schlesinger, Münch. krit. Vierteljahresschr. 7, 473. M. Voigt, XII Tafeln 2, 58f. R. Leonhard, Institutionen 176. 273). Dawider haben sich ausdrücklich erklärt Bethmann-Hollweg, Demelius, Giffard aa. OO., allerdings von Erwägungen ausgehend, die ich nicht für zutreffend halte. Klar ist es, daß die Zwölftafeln (1, 8; s. oben S. 14) das Urteil nicht *addictio* nennen; vielmehr zeigen die Worte *praesenti* .... *addicito* an, welchem Antrag gemäß der Spruch zu fällen sei. [Aus jüngster Zeit vgl. W. Stintzing, Über die Mancipatio (1904) 14. 15, 1.] — [2]) Statt aller Keller, Zivilprozeß [6] § 23 (S. 111f.), dazu § 24 (S. 115). Gegen diese Übertreibung, in die auch Kuntze an dem in der vorigen A. a. O. verfällt, s. Wlassak, Litiskontestation 83f. Pauly-Wissowa R. E. IV, 207 und oben S. 1ff.

Magistrats gerade bei der gerichtlichen Zession ins Gegenteil zu verkehren? Doch bietet vielleicht die Ausdrucksweise von Gaius in 1, 134 und 2, 24 eine Stütze. Während Ulpian 19, 10 sich mit einem *addicit praetor* begnügt, heißt es nämlich bei Gaius: *vindicanti (ei qui vindicavit) rem (filium) addicit.* Drückt man dies deutsch mit den Worten aus: „Der Prätor weist oder spricht dem Vindikanten die Sache zu", so scheint ein brauchbares Zeugnis gewonnen zu sein. Indes fragt es sich sofort, ob denn diese Übersetzung geboten sei, und wenn eine andere möglich ist, ob dieser anderen nicht der Vorzug gebühre? Eine Vergleichung der Institutionentexte mit dem ganz übereinstimmend gebauten Satze der Zwölftafeln *praesenti litem addicito* (S. 14) und etwa mit Apuleius' *(auguria) Atto Navio miraculum cotis addicunt* (S. 12) führt darauf, die *addictio* bei Gaius aufzufassen als eine Zusatzerklärung des Beamten, durch die er dem Vindikanten gegenüber betreffs der Sache dessen Eigentumsbehauptung bestätigt. Sollte es auch nicht gelingen, diesen Gedanken aus dem Lateinischen mit gleich geringem Wortaufwand restlos ins Deutsche zu übertragen, so dürfte natürlich um deswillen meine Annahme nicht verdächtigt werden. Wohl aber spricht sehr zu ihren Gunsten die Verwendung des Grundwerts von *addicere,* der sicher nicht außer acht bleiben kann, wo es sich um die Aufklärung eines alten Legisaktionenwortes handelt.

Übrigens mag man selbst einräumen, daß die erstangeführte Übersetzung für Gaius ungefähr zutrifft, daß der Jurist also in den Begriff der Addictio etwas hineinträgt, was von der vorhergehenden Parteienaktion entlehnt ist[1]), so wäre damit noch keineswegs entschieden, in welchem Sinn unser Stichwort seinerzeit von den Pontifices dem Spruchformular eingefügt wurde. Die Vorstellung, den Beamten durch das Addizieren an sich, gleichviel welcher Aktion es folgen mag, eine Zuwendung vollziehen zu lassen, erscheint schon deswegen unhaltbar, weil neben der Sachaddiktion ein *addicere iudicium* steht, das man unmöglich im selben Sinne verstehen kann. Und selbst der prätorische Spruch beim

[1]) Vgl. hierzu das oben S. 14 gesagte.

„echten“ dinglichen Anerkenntnis, das doch der gerichtlichen Zession nächstverwandt und m. E. erst in spätklassischer Zeit verselbständigt ist, widerstrebt offenbar einer Deutung, die im Einklang wäre mit der bekämpften Ansicht. Wenn es ein wesentliches Kennzeichen der Injurezessio ist, „konstitutiv“, der Confessio aber, „deklarativ“ zu wirken [1]), oder, einer anderen Auffassung zufolge: wenn die Parteien dort Neugründung eines Rechtes, hier Feststellung eines als bestehend gedachten Rechtszustandes beabsichtigen, so erhellt ohne weiteres, daß die zum „echten“ Anerkenntnis hinzutretende Addictio keinenfalls eine Zuwendungserklärung sein kann. Bei der Injurezessio springt die Unzulässigkeit dieser Auffassung nur deshalb nicht in die Augen, weil es wenig Mühe kostet, im Gesamttatbestand das Gewicht der magistratischen Handlung zu mehren, das der Parteienaktion zu mindern, ohne doch die Rechtswirkung des Ganzen zu fälschen. Daß schon Gaius als Vorläufer der heutigen Gelehrten eine solche Verschiebung versucht habe, das darf man billig bezweifeln; und wäre es doch anzunehmen, so hätten wir es nur mit einer — sehr begreiflichen — Ungenauigkeit im Ausdruck zu tun. Gaius würde den aus der privaten und amtlichen Aktion zusammen entspringenden Rechtserfolg mit der Addictio allein verknüpfen, lediglich darum, weil sie das letzte zur Vollendung des ganzen Geschäftes erforderliche Stück ist.

Sicher aber wäre es verfehlt, unserem Juristen den von neueren Schriftstellern ernstlich vertretenen Gedanken zuzumuten, daß der Addiktion und nur ihr „konstitutive“ Kraft zukomme. Dazu stimmt weder seine eigene Beschreibung der gerichtlichen Zession, noch was wir sonst darüber aus

---

[1]) Von der „deklarativen Wirkung“ der Confessio spricht auch Demelius in Grünhuts Ztschr. 11, 744. Sonst aber (Confessio 86 ff.) lehnt er, irregeleitet von einem unhaltbaren Begriffe der alten Confessio (a. O. 75 ff.), die feststellende Kraft des römischen Anerkenntnisses aufs entschiedenste ab. Dies nötigt ihn dazu, der auf „echte“ Confessio folgenden Addictio eine Bedeutung beizulegen, die schlecht paßt zu der voraufgehenden Vindikation. Der Vindikant nimmt Eigentum in Anspruch; der addizierende Prätor aber soll ihn nur „ermächtigen“ zur „Ergreifung des tatsächlichen Besitzes“ (Conf. 65. 79 und in Grünhuts Ztschr. 11, 744).

den Quellen wissen. Gaius zufolge verzichtet der Zedent nach einer Frage des Prätors, ob er widersprechen wolle, auf sein Recht der Gegenvindikation und macht dadurch, sofern er nur selbst Eigentum hat, die Eigentumsbehauptung der anderen Partei unumstößlich. Diese Verzichtserklärung erfolgt unzweifelhaft zugunsten des Vindikanten[1]); niemand wird darin eine Eigentumsübertragung an den Beamten finden wollen. Hiernach aber fragt es sich, woher dem Prätor die Befugnis kam, an der fremden Sache durch „Zuspruch" Eigentum zu begründen? Freilich konnte ihm solche Verfügungsmacht durch ein Gesetz gegeben sein, das etwa bestimmt hätte:

uti addixerit ita ius esto.

Wir wissen auch, wo dieses Gesetz zu suchen wäre, da Paulus Fr. Vat. 50 auf die Zwölftafeln hinweist; doch erfahren wir zugleich, daß sich die gesetzliche *confirmatio* — vermutlich in der Form eines *ita ius esto*[2]) — auf die „Injurecessio" bezog, also auf das ganze, nach der Handlung der veräußernden Partei benannte Geschäft. Ob der Beamtenspruch im Legaltext überhaupt erwähnt war, darüber mag man wie immer denken, jedenfalls schließen die Worte des Paulus:

in iure cessionem lex XII tabularum confirmat

die Annahme aus, daß die gesetzliche Bekräftigung aus-

---

[1]) Ulp. 19, 10 sagt: *In iure cedit dominus; vindicat is, cui ceditur; addicit praetor,* und auch bei Gai. 2, 24 heißt der Vindikant: *is cui res in iure ceditur.* — [2]) Vgl. Gai. 2, 224. Ulp. 11, 14: *Testamento quoque nominatim tutores dati confirmantur eadem lege duodecim tabularum, his uerbis: 'uti legassit super pecunia tutelaue suae rei, ita ius esto',* und Ulp. 1, 9: *Ut testamento manumissi liberi sint, lex duodecim tabularum facit, quae confirmat* ... Die wichtige Art der „konfirmierenden" Gesetze, die in den Zwölftafeln (5, 3.-6, 1.-12, 5) und sonst (z. B. Paul. sent. 3, 4ᵃ, 8. Ulp. 23, 5 (vgl. Jul. D. 49, 15, 22 pr.). Paul. D. 2, 1, 6. L. Rubr. CIL. I, 205 c. XXI Z. 21. L. Salp. CIL. II, 1963 c. XXVIII Z. 25 f. Gai. 1, 84) vorkommen, hat die romanistische Literatur noch nicht genügend beachtet, obwohl in Erörterungen zur allgemeinen Rechtslehre oft für und wider die „erlaubenden" Rechtssätze (vgl. Quintil. 7, 7, 7) gestritten ist. „Konfirmierend" waren auch die Hauptbestimmungen der L. Aebutia und L. Iulia *de iud. priv.*; s. Wlassak, Prozeßgesetze 2, 212 f. 245. 353. 363.

drücklich nur der Addictio zuteil wurde, eine Annahme, die unabweislich wäre, wenn nach römischer Auffassung das amtliche *addico* die rechtliche Kraft der Parteienaktion an sich gezogen und sonach allein gewirkt hätte.

Für erheblicher als den Gaiustext erachten, wie es scheint, die Vertreter der angefochtenen Lehre die von ihnen behauptete Verwandtschaft der Injurezessio mit der im Staatsvermögensrecht entwickelten Eigentumszuteilung seitens der Obrigkeit. Ehe ich mich diesem Beweisgrund zuwende, möchte ich auf einen anderen aufmerksam machen, der noch etwas näher liegt.

Von der éinen Art der Kindesannahme ist wiederholt [1]) gesagt: *adoptare per praetorem*, im Gegensatz zur Arrogation, *quae per populum (= populi auctoritate) fit.* Vielleicht bedeutet der Zusatz *per praetorem* nichts anderes als: die Adoption geschieht vor dem Magistrat und wird durch dessen Beispruch von Staats wegen anerkannt; vielleicht aber drückt er eben die Anschauung aus, die hier als unrömisch zurückgewiesen wurde. Indes werden wir an dieser Ablehnung festhalten dürfen, wenn sich gute Gründe finden, die für die ersterwähnte Deutung sprechen. Und solche fehlen auch nicht. Abwechselnd mit *per praetorem* und nicht minder häufig als diese Wendung steht *adoptare apud praetorem.*[2]) Ferner schreibt der römische Sprachgebrauch das *adoptare* überall dem Bürger zu, der das Kind annimmt. Dieser selbst adoptiert, nicht der Magistrat ist es, durch dessen Akt das Wahlkind gewonnen wird. Auch der Umstand ist noch zu erwähnen, daß der sicher rechtsgelehrte Autor, den Gell. 5, 19 die Adoption, *quae per praetorem fit*,

---

[1]) Gai. 2, 138. Gell. 5, 19, 1 f. 13. Ulp. 8, 2—5. — [2]) So Gai. 1, 100. 101. 102. 105. Paul. D. 1, 7, 3. Ulp. D. 1, 18, 2; D. 1, 20, 1. Mod. D. 1, 7, 4. Gord. C. I. 8, 47, 1 (Kr.). Wie sehr der Bedeutungsunterschied von *per* und *apud praetorem* abgeschwächt ist, das erweist besonders die dreimalige Gegenüberstellung von *per populum* und *apud praetorem* bei Gaius. Ohne Frage bezeichnen häufig beide Wendungen ungefähr dasselbe, u. z. ein mittleres: die beihelfende Tätigkeit des Magistrats. Weder geht das *apud* nur auf die örtliche Nähe, noch will das *per* die ausschließliche Wichtigkeit des Beamtenaktes betonen. Selbst in Stellen wie Paul. D. 1, 7, 36, Ulp. 8, 4 dürfte das *apud praesides* nicht bloß eine Ortsangabe sein.

beschreiben läßt, von den Bestandteilen des Zessionsgeschäftes die beiden Parteihandlungen anführt, nur gerade den Amtsakt nicht[1]), aus dem doch nach der Ansicht der Gegner der Ausdruck *per praetorem* zu erklären wäre. Verschweigt aber der Jurist neben dem *cedere*[2]) und *vindicare* die prätorische Addiktion, so weist das hin auf eine bei der Vergleichung mit jenen Aktionen recht geringe Einschätzung des amtlichen Spruches. Entwerten aber läßt sich dieses Urteil nicht etwa durch den Einwand, der Anonymus sei unwissend oder ein eigensinniger Dissident gewesen. Gegen solchen Vorwurf schützt ihn wirksam die römische Terminologie. Bekanntlich verleugnen die Juristen bei der Rechtsform, von der wir handeln, in dem ihr ständig beigelegten Namen durchaus den amtlichen Akt, den sie immer einschließt. Namengebend war nicht die Addiktion, sondern eine der voraufgehenden Parteihandlungen.

Man sieht sofort, wie sich diese sprachgeschichtliche

---

[1]) Die Ausflucht, daß Gellius etwas weggestrichen habe, scheint mir unzulässig. Im Texte ist keine Lücke zu entdecken. — [2]) Man könnte glauben, das *in iure cedere* bei der Adoption sei eine inhaltslose Förmlichkeit, weil der Zedent sein väterliches Recht schon vorher durch die Manzipationen verloren habe. Letzteres ist allerdings richtig; allein falsch wäre es, Widerstand gegen die Vindikation der *patria potestas* nur auf Grund desselben Gewaltrechts für zulässig zu erachten. Nimmt der Vindikant väterliche, der Kontravindikant Manzipiumsgewalt am X in Anspruch, so kann nur die éine Behauptung wahr sein. Denn wie es undenkbar ist, daß X zur selben Zeit der väterlichen Gewalt des A und des B unterworfen sei, so schließt auch das Manzipium des einen das gleichzeitige Dasein einer *patria potestas* des andern aus; vgl. Ad. Schmidt, Hauskind in mancipio 13, 50 wider Danz, Geschichte d. R. R. 1², 197f. Demnach enthält bei der Adoption die Erklärung des Zedenten, mag es, wie gewöhnlich, der Vater sein (von ihm, der sich die Remanzipation vorbehielt, sagt Gai. 1, 140: ... *quodammodo* ... *pater potestatem propriam reservare sibi videtur*) oder ein dritter, den Verzicht auf die Contravindicatio vermöge der Manzipiumsgewalt. — Nicht bekannt ist mir der Grund, weshalb Kipp in Pauly-Wissowa R. E. III, 2003, anders als Gell. l. c., der *datio in adoptionem* nur einen „der Injurezessio ähnlichen scheinprozessualen Akt" zuschreibt. Den „Umweg" der Manzipationen vor der Vindikation erkläre ich mit anderen aus der sehr natürlichen Vorstellung des älteren Rechts, daß die väterliche Gewalt unveräußerlich sei.

Erscheinung überhaupt trefflich eignet zur Festigung der hier verteidigten Ansicht, wonach die Injurezessio ihren Schwerpunkt in der privaten Aktion hat, nicht in den abschließenden Worten des Beamten. Wenn dessenungeachtet die Lehre von der „konstitutiven“ Kraft des zur Legisactio gehörigen Beispruchs Boden gewinnen konnte, so war ihr nichts förderlicher als die von neueren Gelehrten gemachte Entdeckung, daß sich die Injurezessio „aus der noch unmittelbareren Zuerkennung eines zivilen Rechts seitens des Staates an Private herausgebildet habe“, daß sie „die Stelle der magistratischen Addiktion der erbeuteten Stücke einnehme“. Wie diese eine einseitige, obrigkeitliche Anordnung ist, so wäre folgerichtig auch in der Legisactio die Rechtswirkung lediglich dem magistratischen Spruche beizumessen.

Worauf aber stützt sich das hier behauptete Nachfolgeverhältnis der genannten Geschäfte? Böcking, aus dessen Pandekten[1]) die eben angeführten Sätze stammen, räumt den Mangel „direkter Zeugnisse aus den klassischen Schriftstellern“ ein; doch hält er das gesagte für gerechtfertigt durch eine Hinweisung auf die Form der gerichtlichen Zession. Gemeint kann nur sein die bei der letzteren ebenso wie bei der vorbildlichen Beutezuteilung durch den Feldherrn vorkommende Addiktion.[2]) Offenbar ist dabei vorausgesetzt, u. z. wie etwas selbstverständliches, daß die Quellen den feldherrlichen Zuspruch mit dem Wort *addicere* bezeichnen. Allein in Wahrheit ist diese Ausdruckweise den Alten fremd; regelmäßig setzen sie *dare* oder *concedere*[3]), hingegen, soweit meine Kenntnis reicht, niemals *addicere*. Und diese Erscheinung ist auch keineswegs erstaunlich. Während unser Wort bei Versteigerungen, privater wie amtlicher Art, passende Verwendung fand, weil hier zur Erklärung des einen die Zustimmung des anderen hinzutritt,

---

[1]) Bd. II (1855) S. 65. Die Vertreter der im Texte bekämpften Lehre sind oben S. 26 A. 1 genannt. — [2]) Deutlicher sagt das Puchta, Instit. [10] II, 196: . . . „die Injurezessio, welche an die obigen Erwerbungen“ (nämlich der Beutesachen) „dadurch sich anknüpft, daß sie unter der Autorität des Magistrats durch eine Addiktion desselben vor sich geht.“ — [3]) S. oben S. 13 A. 1.

verbot sich, so lange die Urbedeutung von *ad-dicere* im Bewußtsein lag, dessen Gebrauch von selbst, wo von einem Geschäfte die Rede war, das eine einzige Erklärung befaßt.[1])

Die Würdigung des amtlichen Beispruchs bei der Injurecessio würde vermutlich geringere Schwierigkeiten bieten, wenn wir genau wüßten, wie der vom Magistrat zu sprechende Satz lautete. Leider ist alles außer dem Kernwort unsicher.[2]) Daher hat es keinen rechten Zweck, den alten Prätoren heute mit einer Musterformel an die Hand zu gehen. Nur eines wird man noch behaupten dürfen: die Schlußrede des Beamten war an den Vindikanten gerichtet, denn Gai. 2, 24 sagt:

ei qui vindicaverit, eam rem addicit.[3])

Wenn sich hiernach die Addictio statt an das *cedere* an die Actio des erwerbenden Teils anschloß, so ist das begreiflich genug; denn der neue Rechtszustand, auf den das Geschäft zielt, kommt nur in der Handlung und im Spruche des Vindikanten zum Ausdruck. Allein die Fassung der Addictio, wie wir sie vermuten, darf nicht zu der Meinung verleiten, daß der Prätor bloß die Aktion der einen Partei bekräftigte. Da sich der Erwerb des Vindikanten, wie Gai. a. O. lehrt, wesentlich auf den Widerspruchsverzicht des verlierenden Teils gründet, so umfaßt die amtliche Bestätigung, die zunächst die Vindikation betrifft, dem Sinne nach notwendig auch die Zessionserklärung. Man kann also sagen: addiziert wird wie nach, so auf Grund der von beiden Parteien gesetzten Legisactio.

---

[1]) In *adsignare* hat das *ad* eine andere Beziehung als in *addicere*. Übrigens ist die Erklärung des *dare adsignare (agros)* recht unsicher; vgl. Rudorff bei Böcking, Pand. [2] I Anh. VIII S. 38 A. 36, Karlowa, Rechtsgeschichte 2, 17; anders (m. E. willkürlich) Mommsen, Staatsrecht [3] 2 [1], 634. — [2]) Möglich wäre es, dem addizierenden Prätor, wenn der gefragte Zedent stillschwieg, die Worte bei Prob. 4, 3 in den Mund zu legen: *quando neque ais neque negas* ... (so Bethmann-Hollweg, Zivilprozeß I, 117, 3). Doch ist es leicht, andere Verbindungen für die Probusformel vorzuschlagen; vgl. auch Wach bei Keller, Zivilprozeß [6] § 14, 206, dessen eigene Bemerkungen aber anfechtbar sind. — [3]) Dazu oben S. 27.

VII.

Fortsetzung.

Die Addictio kein Vollstreckungsbescheid.

Gehen die Ansichten aus einander bei der Frage, ob „deklarativ" oder „konstitutiv", so ist eine zweite dem prätorischen Beispruch von manchen Gelehrten zugeschriebene Eigenschaft bis in die jüngste Zeit unbestritten geblieben. Nach Bethmann-Hollweg[1]) hat die Addictio noch einen anderen Inhalt: sie soll die Zusicherung obrigkeitlichen Schutzes sein, der dem Vindikanten zuteil werde, wenn er die auf der Gerichtsstätte gegenwärtige Fahrhabe fortbringen, bez. das abwesende Grundstück in Besitz nehmen wolle. Gedacht ist dabei nicht an Aktionen- oder Interdiktenschutz, wie er bei den Missionen vorkommt, sondern an unmittelbare Zwangsvollstreckung. Widerstand des Gegners bei der Bemächtigung sei durch die Hülfsbeamten des Prätors überwunden worden.

Zur selben Ansicht wie Hollweg hat sich Gustav Demelius[2]) wiederholt bekannt. Einmal sagt er geradezu: „Durch die Quellen sei es überliefert, daß gegen den *confessus* .... *addictio* des Streitgegenstandes zugunsten des Vindikanten erfolgte — also die Exekutivkraft." Wenn Demelius hier nur vom sog. „echten" Anerkenntnis spricht und in dem § 7 seiner „Confessio", der die Injurecessio behandelt, von der Vollstreckbarkeit schweigt, so führt er doch im selben Buche[3]), offenbar zustimmend, einen Ausspruch von H. A. A. Danz und B. W. Leist an, demzufolge „das *addicere* bei der Injurecessio ursprünglich nichts anderes war, als die Erlaubnis des Magistrats zur Selbsthülfe." Und sollte selbst Demelius unsere Frage offen gelassen oder sie gar übersehen haben, keinesfalls hätte er ohne schlimme Willkür

---

[1]) Zivilprozeß I, 117f. 190—192, II, 95. 542. 556. Ältere Vertreter dieser Ansicht sind H. A. A. Danz, Der sakrale Schutz 215, 41, B. W. Leist, Zivilist. Studien III, 270 (vgl. oben S. 26 A. 1), jüngere (nebst G. Demelius): Karlowa, Beiträge z. Gesch. d. R. Zivilpr. 54, Wach bei Keller a. O. [6] § 63, 725, v. Czyhlarz, Institutionen [6] 113; vgl. auch Degenkolb, Einlassungszwang 285. — [2]) Confessio 65. 89. 94. Grünhuts Ztschr. 11, 744. — [3]) S. 94f., 2.

den Spruch des Beamten bei der Zession mit geringerer Wirkung ausstatten können als bei der echten Confessio.

Als Gegner der eben dargelegten Lehre ist m. W. nur A. Giffard[1]) zu nennen, der unter Verweisung auf eine von mir in Pauly-Wissowas Enzyklopädie (I, 349 f.) veröffentlichte Skizze für die Erklärung des Legisaktionenwortes eine einzige Bedeutung von *addicere* gelten läßt: die von Festus bezeugte: *idem dicere et approbare dicendo.* Von sich aus kann hiernach der prätorische Beispruch überhaupt keine Rechtsänderung hervorbringen. Sollte also das dingliche Anerkenntnis und die Injurecessio trotzdem zur „Exekutionsreife" führen — was für Giffard ganz außer Zweifel steht —, so müßte diese Wirkung schon durch die Hauptaktion der Parteien begründet sein, während die Addictio sich hier wie sonst bloß vollendend und bestätigend anschließen würde.

Für unsere Zwecke genügt es, Stellung zu nehmen zu der Vollstreckbarkeit, die als selbständige Folge des prätorischen Spruches aufzufassen wäre. Dagegen kümmert uns hier nicht die weitere Frage, ob sich die gedachte Exekutionsreife etwa aus dem Wesen der von den Parteien gesetzten Legisactio ergebe.

Sucht man nun aus der heutigen Literatur zu erfahren, wie sich die römische Überlieferung verhält zu der behaupteten Exekutivkraft der Addictio, so wird man die einschlagenden Werke bald enttäuscht bei Seite legen. Weder Hollweg noch Demelius rechtfertigen ihre Annahme; letzterer (oben S. 34) glaubt genug zu tun, wenn er kurzweg auf „die Quellen" verweist, so als ob für kundige Leser mehr nicht nötig wäre. Doch dürfte es im Gegenteil sehr schwer halten, irgendwo Belegstellen zu finden. Nur vermuten möchte ich, daß die genannten Schriftsteller[2]) die wohlbekannten, auf S. 23, 27 ff., 33 schon erläuterten Äußerungen von Gaius (2, 24; 1, 134) und Ulpian (19, 9. 10) im Auge haben. Übersetzt man nämlich den Satz:

. . *ei qui vindicaverit, eam rem addicit*

[1]) A. O. 26—28, dazu 10. 19. — [2]) Auch Bethmann-Hollweg; vgl. Zivilprozeß I, 117, 8 mit 191, 4. Giffard a. O. 26 f., der aber der Vollstreckbarkeit eine andere Grundlage gibt, beruft sich ausdrücklich auf Gai. 2, 24.

folgendermaßen: „Der Prätor weist dem Vindikanten Eigentum und Besitz zu“, und fügt man noch hinzu, daß als Schutzmittel dieser Besitzeinweisung nicht ein Interdikt, sondern der vom Beamten ausgehende unmittelbare Zwang zu denken sei, so wäre der gesuchte Beleg allerdings gefunden. Allein diese Methode, die alles zu erweisende erst willkürlich in die Quellen hineinträgt, müßte natürlich als unstatthaft verworfen werden.

Nicht besser steht es mit anderen Erwägungen, die für Bethmann-Hollweg vielleicht mitbestimmend waren. In seinem „Zivilprozeß“ (1, 117. 190) legt er großes Gewicht auf die rechtliche Gleichstellung der Confessio mit dem Urteil. Einer Ausnutzung dieses Grundsatzes wäre vor allem entgegenzuhalten, daß er dem alten Recht in Anwendung auf das dingliche Anerkenntnis gar nicht bekannt ist. Doch selbst hievon abgesehen könnte die Regel *confessus pro iudicato est* doch nur eine Exekution rechtfertigen, die aus dem Anerkenntnis, nicht eine, die aus der Addictio entspringen soll.

Von Einfluß mochte endlich der Gedanke sein, daß der Beamte nach richtiger Ansicht schon in alter Zeit eine den verurteilten Schuldner treffende Addictio handhabte, in der unsere Gelehrten einen „Zuspruch“ in die Schuldknechtschaft erblicken. Wie dort so sollte die Addictio auch hier — freilich in wesentlich anderer Weise — „Exekution“ wirken. Allein dabei ist wieder ohne Grund vorausgesetzt, daß im Verfahren mit *manus iniectio* die Rechtswirkung zuvörderst oder lediglich aus der Schlußhandlung des Beamten hervorgeht, daß diese also „konstitutiven“ Charakters war. Läßt man diese Annahme fallen, so erweist sich die Berufung auf den amtlichen „Zuspruch“ des Verurteilten als völlig ungeeignet, die bei der Injurecessio eintretende Zwangswirkung als Erzeugnis gerade der Addictio erscheinen zu lassen.

Die Widerlegung der Hollweg'schen Lehre beseitigt eines der erheblichsten Hindernisse für eine richtige Einsicht in das System der *tria verba*. Gelingt der Nachweis, der zunächst bei der Zession geführt ist, daß die Addictio, wo immer sie vorkommt, für sich der Rechtsfolge entbehrt, so

ist damit ein Merkmal ermittelt, das eine sichere Abgrenzung gegenüber dem *dicere* des Magistrats ermöglicht. Dieses letzteren Wortes bedient sich der Beamte, wo er durch seinen Spruch allein eine Anordnung trifft; dagegen ist eine *ad-dictio* nur denkbar unter Bezugnahme auf eine schon gesetzte Parteihandlung, weil sie ohnedies inhaltsleer wäre.

Am weitesten entfernt von der hier vertretenen Anschauung sind jene Schriftsteller, die der Addictio statt des formalen einen bestimmten materiellen Gehalt zusprechen. Neben der Deutung als exekutiver Zuspruch stehen noch andere von ähnlicher Art. Doch ist es kaum nötig, auch den minder erfolgreichen Erklärungen in besonderer Ausführung entgegenzutreten. Was von meinem Standpunkt aus einzuwenden wäre, das ist aus den obigen wider Demelius und Hollweg gerichteten Bemerkungen leicht zu ersehen. Daher führe ich zum Schlusse nur noch die Äußerungen zweier hervorragenden Gelehrten an, ohne eine Kritik anzuhängen. Der eine [1]) behauptet:

> „*Addicere* im Gegensatz von *dare* und *dicere* ist nicht Anerkennung vorhandenen, sondern Zuerkennung fremden Eigentums“,

und der andere [2]):

> „*Vindicias* (oder *vindiciam*) *dare* oder *dicere* heißt wörtlich: die Sache, das Streitobjekt geben, zuweisen: nur eben nicht definitiv, was *addicere* heißen würde, sondern interimistisch.“

VIII.

Die vermeintliche Addictio bei einseitiger Vindicatio. Das *vindicari pati.* — Inhalt des *rem defendere.* Satisdatio und Contestatio.

Aus dem Gaianischen Bericht über die Injurecessio hat man neuerdings zwei Anwendungsfälle der Addictio abzuleiten versucht, die in unserer Überlieferung fehlen. [3]) Wie

---

[1]) Rudorff, R. Rechtsgeschichte 2, 133, 24. — [2]) Bechmann, Legisactio sacramenti 32. — [3]) Ob die Zwölftafeln 1, 6: *rem ubi pacunt orato* etwas der Addictio ähnliches vorschreiben? Gesichert ist weder dieser Legaltext, noch die Beziehung auf das Verfahren in Jure (da-

bei der Zession soll sich der Prätor auch verhalten haben bei dem auf Legisactio *in personam* folgenden Anerkenntnis und ebenso im Fall der Unterlassung der Sachdefension gegenüber dem Vindikanten.

Zum Ritual der dinglichen Confessio und der Zession gehört bekanntlich der in bestimmter Form[1]), sei es mit Worten sei es durch Stillschweigen[2]), nach der Frage des Prätors: *an contra vindicet* geäußerte Verzicht auf prozessualischen Widerstand. An diese formalisierte Erklärung schließt sich die Addictio unmittelbar an. Nun meint man[3]), der Beamte müsse dasselbe getan, denselben Bescheid auch dann erlassen haben, wenn die Gegenvindikation formlos verweigert oder nur überhaupt unterblieben war.[4])

---

gegen jüngst Girard, L'organisation judiciaire 1, 85, 3; s. aber Pauly-Wissowa, R. E. IV, 883), noch endlich die Antwort auf die Frage, wem das *orare* (in Jure) zukomme.

[1]) Die Notwendigkeit der Form bestreitet Demelius, Conf. 78 f., gestützt auf Gai. 1, 134; allein gewiß mit Unrecht. Darüber sollte man doch einig sein, daß die genaue Beschreibung der Injurecessio bei Gai. 2, 24 nicht aus 1, 134, wo von der Adoption gehandelt und nur gelegentlich das wesentliche der Zession angedeutet ist, berichtigt werden darf. Vielmehr muß aus 2, 24 das in 1, 134 fehlende ergänzt werden. Verschwiegen ist in der letzteren Stelle nebst der Form des *cedere* der Wortlaut der Vindicatio, das Anfassen und die Frage des Beamten. — [2]) Daß es richtig ist, von einem „formalisierten“ Stillschweigen des Zedenten zu reden, das beweisen die Sinai-Scholien zu Ulp. 18, 49 (unten S. 69 A. 4). — [3]) Bethmann-Hollweg, Zivilprozeß II, 555 f. 542, der keine Begründung gibt, während Karlowa in den (ebenfalls 1865 erschienenen) Beiträgen z. Gesch. d. R. Zivilproz. 54 (dazu desselben Verf. Zivilprozeß 73. 113) auf die „Form der Injurecessio“ verweist. Karlowas kurze Bemerkung suche ich im Texte auszudeuten, vielleicht nicht durchaus in seinem Sinne. Mit ihm einverstanden Huschke, Multa 433 und Eisele, Abhandlungen z. Röm. Zivilprozeß 100; Beiträge z. R. Rechtsgesch. 257 f. Rudorffs Behauptung, R. Rechtsgesch. 2, 310, beruht auf einer unhaltbaren Auffassung der Zwölftafeln 1, 8; s. oben S. 14 A. 1. — [4]) Nach Demelius a. O. 77—79. 84 f. 96 ist der Gegner des Vindikanten in diesen Fällen der *res indefensa* ebenfalls *confessus*. Also im Legisaktionensystem eine formfreie Confessio! und eine Confessio, die weit mehr begreift als in der Zeit nach Einführung der Schriftformel (Demelius 112. 113 f. 118). Die (unbezeugte) Begriffsänderung erschließt Demelius, in Kellerschen Anschauungen befangen, aus der Beseitigung der Spruchform für die Defension. In Wahrheit ist der alte Spruchakt später ersetzt

Dabei liegt wohl die Annahme zugrunde, daß die agierende Partei nicht minder gültig vindiziert, wenn sich der Gegner der Mitwirkung entzieht, d. h. weder zedieren noch durch Contravindicatio bestreiten will. Zu dieser bloß einseitigen[1]), aber rechtswirksamen Legisactio hätte sich die prätorische Addictio hinzugesellt wie sonst zur zweiseitigen Aktion.

Doch taucht hier sofort ein Bedenken auf. Wenn es für den Eintritt der Addictio gleichgültig ist, wie sich der Gegner des Vindikanten benimmt, sofern er nur nicht kontravindiziert, gleichgültig, ob er in der von Gaius beschriebenen Weise zediert oder etwa heftigen Widerspruch erhebt oder ohne Erklärung seinerseits die Gerichtsstätte verläßt, dann begreift man nicht, wie sich die Injurecessio mit dem formalisierten Verhalten des Zedenten im Leben behaupten konnte, wenn doch die Rechtsfolge genau dieselbe wäre, ob nun der Form genügt oder ob sie mißachtet war.

Und des weiteren die einseitige Vindikation! Ist das ein durch die Quellen gegebener Begriff? Wenn ich recht sehe, hat vor allen Demelius[2]) mit seiner Theorie von der „Legisactio als Rechtspersekution" den Boden bereitet, auf dem Anschauungen wie die eben erwähnte gedeihen konnten. Nach ihm hat dann Bechmann die Vindikation

---

durch das *iudicium accipere* und Demelius' Schlußfolgerung augenscheinlich verfehlt. Indes hat die neue Lehre, so irrig sie ist, doch rasch Anhänger gewonnen: s. Girard, Manuel [3] 968. 993; L'organisation 1, 71, 4. Kipp in Pauly-Wissowa, R. E. IV, 864. Jörs in Birkmeyer, Enzyklop. [1] 103. [F. Leonhard, Enzyklop. [2] 1904 S. 105.] Giffard a. O. 22—25. Letzterer widerspricht allerdings nach dem Vorgang von Girard der Erstreckung des Namens *confessio* auf den Fall der Nichtverteidigung; im Ergebnis aber weicht er von Demelius nicht ab, da für ihn die völlige Gleichstellung des *non defendere* mit dem *confiteri* außer Zweifel ist. Nur in einem Punkte gehen anscheinend alle hier genannten, in Übereinstimmung mit Hollweg, Karlowa, Huschke, Bechmann, Eisele (S. 38 A. 3 und S. 40 A. 1) hinaus über das, was Demelius lehrt. Sie alle denken sich als Gegenstand der Addictio das vindizierte Eigentum, während D. aus dem oben S. 28 A. 1 angeführten Grunde bei „echter" Confessio nur Addictio des Besitzes gelten läßt.

[1]) So ausdrücklich Bechmann, L. A. sacram. 25 f. [Dazu jetzt (1904) Schloßmann, In iure cessio und Mancipatio 12.] — [2]) Confessio 39 ff.

als einseitige Rechtsverfolgung dargestellt und durch unerschrockene Entwickelung des Begriffs klar gezeigt, was diese Lehre zu bedeuten hat. Ihr zufolge[1]) steht der Vindikant zunächst ohne Gegner mit der ins Jus gebrachten Sache vor dem Beamten. Ob jemand mit Contravindicatio auftreten wird, das ist noch ungewiß. Ist „die gesetzlich bestimmte Gerichtszeit abgelaufen“, so verlangt der einsam gebliebene Vindikant vom Prätor den Eigentumszuspruch, die „Addiktion“, und dieser gewährt sie ihm.

Soll diese Schilderung einen Rechtszustand treffen, der vor der Zeit liegt, in der unsere Quellen zu fließen beginnen, so erscheint eine Widerlegung, die diesen Namen verdient, kaum möglich. Doch darf andrerseits auch der schlichte Widerspruch, auf den wir uns beschränken, nicht allzu entschieden lauten, da er sich gegen eine notwendig beleglose Aufstellung richtet. Annehmbar ist meines Erachtens von Bechmanns Hypothese nur eines: daß die Vindikation zurückreicht in die vorgeschichtliche Zeit und damals etwas anderes[2]) sein mochte, als was sie nach den uns erhaltenen Zeugnissen ist. Dagegen setze ich die Addiktion in eine spätere Epoche und glaube sie in unserer Überlieferung in ihrer ältesten Gestalt vorzufinden. Wer ihr aber doch eine unbekannte Vorgeschichte zuschreiben wollte, der hätte keinen Grund, sich gerade Bechmann anzuschließen. Denn was dieser Gelehrte über die „konstitutive“ und in der Urzeit allein aus sich schöpfende Kraft des amtlichen „Zuspruchs“ ausführt, das gründet sich wesentlich auf die

---

[1]) Bechmann, L. A. sacram. 7ff., namentlich 15f. 25f. 47. Zustimmend u. a. Sohm, Institutionen [11] 237f., 15. — [2]) Übrigens denke ich nicht an ein Gerichtsverfahren. Wahrscheinlicher ist mir ein Akt außergerichtlicher Selbsthülfe; vgl. auch Jhering, Geist [4] IV S. X, 102; Entwicklungsgeschichte 100, dem ich aber hinsichtlich des „Justificationsverfahrens“ nicht beitreten kann, und Girard, L'organisation 1, 39f. Anders als auf dem Wege der Rechtsvergleichung ist hier kaum ein Fortschritt zu erwarten. Ein Versuch in dieser Richtung, der m. E. nicht befriedigt: Leist, Ziv. Studien IV, 85ff.; Graeco-ital. Rechtsgeschichte 685f. Wer sich die Vindikation der Urzeit und das Sakrament von vornherein verbunden vorstellt, der dürfte fehlgehen. Belege für die Zweiseitigkeit der Vindikation des jüngeren Verfahrens weiter unten S. 48 A. 1.

bisher gangbaren Vorstellungen von der geschichtlichen Addictio. Diese letzteren aber möchte die vorliegende Abhandlung beseitigen. Sollte ihr das gelungen sein, so wird man das Wesen der urzeitlichen Addictio, sofern man eine solche überhaupt annimmt, am besten auf sich beruhen lassen.

Während die Anfänge des römischen Vindikationsrechtes noch der Aufklärung harren, kann über die in geschichtlicher Zeit geltende Ordnung kaum ein Zweifel bestehen. In unseren Quellen ist die Zweiseitigkeit der Actio *in rem* überall vorausgesetzt und am deutlichsten gerade aus den Schilderungen zu ersehen, die sich auf die ältere Form beziehen. Diese [1]) zeigen uns übereinstimmend zwei Handelnde: im Streitfall zwei Vindikanten, sonst einen der vindiziert und einen der zediert. Eine bloß einseitige und doch wirksame Vindicatio ist nirgends nachzuweisen, und demnach auch keine an solches Verfahren sich anschließende Addictio. Möglich war es allerdings, daß der mit dem Vindizieren beginnende Actor vom Gegner im Stiche gelassen wird, indem dieser die vorher zugesagte Antwort doch noch verweigert. Allein die so nur von éiner Partei vollzogene Legisactio hätte rechtlich ebenso wenig gewirkt, als eine Stipulation Geltung haben konnte, wenn die von der Gegenseite erwartete *promissio* ausblieb.

Ich behaupte also Ungültigkeit jeder Vindicatio, der nicht Zession, wie sie Gaius beschreibt, oder Konträraktion, und in späterer Zeit Zession oder Annahme der Schriftformel *(iudicium accipere)* nachfolgt. Unter den hiefür erhaltenen Zeugnissen ist eines besonders beachtenswert, die oft wunderlich mißverstandene und kaum jemals voll gewürdigte Äußerung Ulpians lib. primo ad edictum D. 2, 3, 1, 1:

> *Is videtur ius dicenti non obtemperasse, qui quod extremum in iurisdictione est non fecit: veluti si quis rem mobilem vindicari a se passus non est, sed duci eam vel ferri passus est* [2]) *: ceterum si et sequentia recusavit, tunc non obtemperasse videtur.*

---

[1]) Gai. 4, 16; 2, 24 (dazu 1, 134). Gell. 5, 19, 3. Ulp. 19, 9f. — [2]) Hier fügt Mommsen *obtemperasse* ein, dem Sinne nach gewiß richtig.

In schönes Licht tritt der Sinn der im Druck hervorgehobenen Worte, wenn man die von Gaius 3, 169 gegebene Beschreibung der Acceptilatio daneben hält:

quod . . ex verborum obligatione tibi debeam, id si velis mihi remittere, poterit sic fieri, ut patiaris haec verba me dicere 'quod ego tibi promisi, habesne acceptum?' et tu respondeas 'habeo'.

Wie beim förmlichen Schulderlaß der Gläubiger die Frage „gestatten", also regelmäßig im voraus bewilligen muß, wenn der Schuldner nicht befürchten soll, entweder keine oder nicht die einzig brauchbare Antwort zu erhalten, so muß auch bei dem an Formen gebundenen Abschluß[1]) des Verfahrens in Jure der zweite Spieler vorher irgendwie erklärt haben, daß er sich z. B. die angekündigte Vindikation des anderen gefallen lasse, da nur sein sofort anschließendes, formelles Mit- oder Gegenspiel die Legisactio ergänzen und damit rechtswirksam machen kann.

Ein Unterschied zwischen dem *pati*, wie es die Institutionenstelle, und wie es Ulpian verwendet, besteht nur insofern, als Gaius bloß[2]) an das widerspruchslose Geschehenlassen der Frage denkt, während Ulpian wie an anderem Orte[3]) so gewiß auch hier unter dem *pati* die Handlung

[1]) Schon im ältesten Verfahren ist die Litiskontestation nur der formelle „Abschluß" (die L. Pinaria trennt ein Stück der Legisactio ab) einer „freien" Verhandlung in Jure; u. z. besteht sie in der mit einem Zeugenaufruf verbundenen Legisactio. So meine Litiskontestation 80f. 83—85. P. Collinet aber, irregeführt durch einen Bericht von Girard, schiebt mir die Behauptung unter (N. revue hist. de droit XXVI, 532 ff.), die L. Aebutia habe die L. K. versetzt de l'entrée de la phase *in jure* à la sortie de cette phase. Dieses arge Mißverständnis ist leider nicht das einzige in der fast durchaus an meine Adresse gerichteten Abh. Namentlich werden im vermeintlichen Gegensatz zu mir über die „Natur" der L. K., über den Grund der Konsumption und ihren Geltungsbereich Anschauungen entwickelt, die ich selbst wiederholt angedeutet habe: vgl. Litiskont. 57, 1; Prozeßgesetze 2, 197, 18; Pauly-Wissowa, R. E. I, 141. 307. 314f. Anscheinend hat Collinet nur ein lückenhafter Auszug meiner Schrift über die Litiskontestation vorgelegen. — [2]) Anders Gai. 4, 181: *qui . . . restipulationis poenam patitur,* wo das *pati* auch das dem Kläger auferlegte *promittere* einschließt. — [3]) D. 5, 3, 13, 14 aus Marcellus. D. 4, 4, 9, 2. D. 4, 9, 7, 6.

mitbegreift, durch die der zweite Spieler, die förmliche Aktion fortsetzend, zugleich die Zulassung der gegnerischen Vindicatio zum Ausdruck bringt. M. a. W. das *vindicari pati* ist nicht bloß der durch Anwesenheit und Stillschweigen geleistete Beistand, sondern auch die Abwehrhandlung, mithin seit Einführung der Streiturkunde die das Contravindizieren ersetzende Annahme der Vindikationsformel: das bekannte *iudicium accipere;* während das *vindicari non pati* kurz bezeichnet werden kann als die (zuweilen nur zu erschließende) Erklärung des in Jure anwesenden Gegners, bei der Vindicatio nicht mittun zu wollen.

Was die älteren Schriftsteller über Ulpians Worte im fr. 1 § 1 cit. dachten, das glaube ich nicht berichten und die Deutungen nicht widerlegen zu müssen, die sich in der Glosse oder bei Glück[1]) finden oder, um noch einen zu nennen, dem Gaius schon bekannt war, in Wetzells Vindikationsprozeß[2]) (1845). Diese Versuche sind ohne Frage insgesamt verfehlt.

Dagegen bedarf besonderer Erwägung eine in jüngster Zeit meist gebilligte Auffassung, die sich dem richtigen nähert. Lenel[3]) und anderen ist es nicht entgangen, daß Ulpians und Anthians (D. 6, 1, 80) *vindicari pati* oder *in rem actionem pati* ungefähr gleichen Wert haben müssen, wie das häufiger gebrauchte *rem defendere.* Nun zieht bekanntlich die Unterlassung der Defension gegen dingliche Klagen Besitzübertragung auf den Kläger nach sich, u. z. im Interdiktswege, wenn der Streitgegenstand ein Grundstück ist, mittels einfachen prätorischen Befehls[4]) *(duci vel ferri iubere),* wenn es sich um bewegliche Sachen handelt.[5]) Wann aber

---

[1]) Pandekten 3, 336f. — [2]) S. 13ff.: *vindicari a se non pati* soll heißen: „die dem Gegner zugesprochenen Vindizien verweigern oder vereiteln". Karlowa, Zivilprozeß 74, 2 billigt diese Erklärung; vgl. auch Bethmann-Hollweg a. O. I, 128, 9. 192, 9. [Unrichtig W. Stintzing, Manzipatio 17, 1.] Keller [6] a. O. § 65, 756 erläutert die fraglichen Worte nicht. — [3]) Edikt 106f. 109; Édit 1, 152f. 157. — [4]) So Lenel, Ztschr. f. R.-G. R. A. 15, 18, 8, L. Seuffert, Arch. f. ziv. Prax. 67, 336f.; anders wieder Pfersche, Privatrechtl. Abhandlungen 32. — [5]) Streitig ist die Art des Verfahrens im Fall des *rem non defendere,* wenn Realservituten in Frage stehen, die einer konfessorisch geltend machen oder negatorisch abwehren will. Gegen Rudorff, Burckhard, Lenel (Edikt 386 f.

ist der Fall des *rem non defendere* vorhanden? Antwort auf diese Frage schien sich zu ergeben aus einer Anzahl von Zeugnissen[1]), die dem mit dinglicher Klage zu belangenden Satisdatio auflegen und bei Verweigerung der Kaution den eben erwähnten Besitzwechsel zu des Klägers Gunsten androhen. Daraus glaubte man[2]) schließen zu können, daß das *rem non defendere* und das gleichgeltende *vindicari non pati* in der Nichtleistung der vorgeschriebenen Kaution bestehe.

Allein diese Folgerung ist insofern nicht zwingend, als die Ablehnung der Satisdatio sich nicht weniger als *non defendere* darstellt, wenn neben der Kautionsleistung noch anderes nötig sein sollte zur Vollendung der Defension. Was aber alles dazu gehört, darüber geben Cicero und die Pandekten reichlich Auskunft, wenn auch die Aussagen nicht durchaus übereinstimmen, weil der Begriff von den Juristen bald weiter bald enger zu fassen war, je nach der auszulegenden Vorlage, die das Wort *defendere* enthielt. Jedenfalls ist soviel außer Zweifel, daß sich die Defension, genauer das *iudicio* („im Prozeßweg") *defendere*, weder auf das

Édit 2, 229f.) s. Karlowa, Rechtsgeschichte 2, 467f. Die Sache müßte einmal — was noch nicht geschehen ist — bis zum letzten Ende erwogen werden.

[1]) Aufgezählt sind sie unten S. 50. — [2]) Neben Lenel nenne ich von älteren z. B. Rudorff, Ztschr. f. gesch. Rechtswissenschaft IX, 23f., XI, 357, 26 (etwas anders in der R. Rechtsgesch. 2, 314), Bethmann-Hollweg, Zivilprozeß II, 568, Burckhard-Glück, Pand. B. 39. 40, I, 351ff., Demelius, Exhibitionspflicht 79 (vgl. Conf. 155. 329), aus jüngster Zeit L. Seuffert, Arch. f. ziv. Pr. 67, 333. 339f., Pfersche, Priv. Abhandlungen 33. 282f., H. H. Pflüger, Arch. f. ziv. Pr. 79, 419f., Karlowa, Rechtsgeschichte 2, 467, Ubbelohde-Glück, Pand. B. 43. 44, V, 604, 79, Naber, Mnemosyne N. F. XXIV, 173. Auffallend ist es, daß gerade Keller, dem die moderne Wissenschaft die Verschüttung der Litiskontestation verdankt, nicht den Mut fand, die Defension gegen A. in rem in der Satisdatio aufgehen zu lassen. Im Zivilprozeß [6] § 65 (S. 326–328) sondert er das *defendere* und „alles was dazu gehört" und übersetzt *defendere* mit „Prozeß aufnehmen", „einlassen". Damit könnten wir zufrieden sein; allein Kellers „Einlassung" müßte nach § 59 (S. 297) bestimmt werden als „Vollziehung des gesamten Verfahrens von seiten" des Beklagten. Das richtige — wenigstens den Worten nach — finde ich bei einem Gelehrten, dem F. L. Keller nichts anhaben konnte, bei Cuiacius, Observ. 24 c. 25.

Kavieren beschränkt[1]), noch der Hauptsache nach gerade darin besteht.

Das wichtigste, was einer tun muß, von dem gesagt werden soll: *defendit* (*se* oder *alium* oder *rem*) ist vielmehr der Regel nach das *iudicium (actionem) accipere (suscipere, excipere)*, d. h. die Mitwirkung bei der Streitbefestigung in der Rolle des Beklagten.[2])

Als Beleg dafür kann vor allem Ciceros Quinctiana dienen. Ob Alfenus den abwesenden P. Quinctius gegen Naevius gehörig „defendiert" habe, um die Anwendung des Ediktes *qui absens iudicio defensus non fuerit* (Lenel § 205) auszuschließen, das ist eine von Cicero ausführlich behandelte Frage. Wiederholt äußert er sich darüber, was Alfenus zum gedachten Zwecke als Prokurator zu tun bereit war: so 61.

> *Debere tibi dicis Quinctium, procurator negat; vadari vis, promittit; in ius vocas, sequitur; iudicium postulas, non recusat* (= paratus est iudicium accipere). ·*Quid aliud sit absentem defendi, ego non intellego.*
>
> 62. *Et audes, Sex. Naevi, negare absentem defensum esse Quinctium, ... cum is iudicium acceperit pro Quinctio, cui tu et rem et famam tuam commendare ... solebas, conaris hoc dicere, neminem exstitisse, qui Quinctium iudicio defenderet.*

---

[1]) Wo der Postulant in Jure ausnahmsweise nichts anderes verlangen kann als den Abschluß eines Verbalvertrags, z. B. nach dem Edikt D. 39, 2, 7 pr., da erschöpft sich die Defension allerdings im Kavieren: s. Paul. D. 3, 5, 39 (Mo.), dazu Ulp. D. 3, 3, 39 pr. — [2]) Diese Hauptbedeutung von *iudicio defendere* habe ich gegen Bekker schon in meiner Litiskontestation 39f. hervorgehoben. (S. jetzt Wenger, Papyrusstudien 10. Braßloff, Zur Kenntnis des Volksrechtes 36. 43. Bekker selbst, Ztschr. f. R.-G. R. A. 28, 179, 1). Unbekannt war mir damals noch die häufige Verwendung von *iudicium* = Streitbefestigung; vgl. meine Prozeßgesetze 2, 37ff. Seither halte ich neben der früher vorgeschlagenen Übersetzung des *iudicio defendere*: „durch Schriftformel" (als Prozeßmittel) ... eine andere für zulässig. *Iudicio def.* kann heißen: „durch Übernahme des Prozesses", d. h. durch Streitbefestigung „verteidigen", wie *sponsione se def.*: durch „Abschluß" der Sponsion. Zweifellos in diesem Sinne ist *legitimo iudicio agere* zu verstehen. Zu Gunsten meiner älteren Deutung sprechen Wendungen wie *per formulas litigare, per form. petere, formula dimicare, form. uti;* vgl. dazu *iudicio certare* im fr. Atest. Z. 5.

63. *Fatetur .. libellos Alfenum deiecisse, vadimonium promisisse, iudicium quin acciperet in ea ipsa verba, quae Naevius edebat*[1]*), non recusasse.*

64. .. *aut C. Aquillius ... hoc ius in civitate constituat, cuius procurator non recusarit omnia iudicia,* (Müller: *non omnia iudicia acceperit*) *quae quisque in verba postularit, cuius procurator a praetore tribunos appellare ausus sit* (gegen die Auflage der Satisdatio), *eum non defendi.*

66. *Alfenus, ut omnes intellegere possent iudicio defendi Quinctium ... testatur ... se iudicium id, quod edat, accipere.*

87. *Reliquum est, ut eum nemo iudicio defenderit. Quod contra copiosissime defensum esse contendi ... neque eum* (nämlich Alfenum) *si tribunos appellarit, idcirco minus iudicium*[2]) *pati paratum fuisse.*

Wenn Cicero hier das *iudicium accipere* oder *pati* als Hauptstück der Defension stark betont, so war allerdings der Anwalt des Quinctius hiezu genötigt, da Alfenus zwar die Annahme der vom Kläger Naevius zu edierenden Prozeßformel zugesagt, dagegen — zu Unrecht — die Leistung der Cautio *iudicatum solvi* verweigert hatte. Indessen stimmt die Anschauung, die der Redner in den obigen Sätzen vertritt, genau überein mit der Begriffsbestimmung, die in den Juristenschriften oft genug begegnet. Bald werden wir belehrt, das *defendere* bestehe im *iudicium accipere (suscipere)*: so von Ulpian D. 5, 1, 2, 3 und § 4, D. 5, 1, 6 3, D. 42, 4, 5, 3, D. 50, 17, 52[3]) und Paulus D. 3, 3, 45 pr.;

[1]) Vgl. Wlassak, Litiskontestation 46 ff. — [2]) C. F. W. Müller: *iudicio*; s. dagegen Wlassak a. O. 26, 1 und dazu Kübler, Ztschr. f. R.-G. R. A. 29, 157, 1, der auf Mommsens Brief in der Ciceroausgabe von Orelli-Baiter-Halm II, 1 p. 454 aufmerksam macht. Meine Bemerkung gegen Müller hat im J. 1888 vor der Veröffentlichung meinem Breslauer Kollegen W. Studemund vorgelegen. Dieser aber hatte keinen Zweifel an der Unhaltbarkeit der LA. *iudicio pati.* — [3]) Diese Stelle schiebt Lenel Pal. Ulp. n. 1164 zwischen D. 38, 5, 1, 8 und § 9 ein; vielleicht mit Recht. Doch müssen wir uns vor den als fr. 52 D. 50, 17 überlieferten Worten recht viel von Trib. weggeschnitten denken. Unzutreffend, mindestens irreführend ist die Hinweisung auf fr. 52 bei Rabel, Haftung d. Verkäufers I, 20, 1. Die „Defension“, zu

bald wird neben der Einlassungserklärung noch die Satisdatio verlangt:

so von Ulpian D. 3, 3, 35, 3, D. 4, 6, 21, 3, D. 5, 1, 63, D. 42, 4, 5, 3.

Die Satisdatio kann also fehlen, nicht[1]) auch das *iudicium accipere*. Daher erscheint zuweilen nach der Ausdrucksweise der Juristen die Kaution mit Bürgen nicht so sehr als Bestandteil der Defensio, denn als Zutat, z. B. bei Ulpian D. 43, 24, 3, 5:

Si quis paratus sit se iudicio defendere adversus eos, qui interdicendum putant, ne opus fiat: an videatur desinere vi facere? et magis est, ut desinat, si modo satis offerat et defendere paratus est, si quis agat ...

und wohl auch bei Maecian D. 49, 17, 18, 5:

... *si sponte patiatur, ut quilibet defensor satisdato filium in solidum, non peculio tenus defendere debet*

der der Auktor dem Käufer verpflichtet ist, unterscheidet sich wesentlich von dem *defendere* in der technischen Bedeutung. Das zeigt schon, u. z. unwidersprechlich, Iul. D. 3, 3, 75. Das *defendere* des *venditor* ist nur „Beistandschaft", denn Iul. hält es, wie die Schlußworte des Fr. zeigen, auch für möglich auf der Klägerseite. Rabels (I, 14 ff.) Bekämpfung der wohlbegründeten Ansicht von Bechmann und Girard über das Auktorieren des Manzipanten scheint mir auch sonst wenig glücklich. Übrigens sollte man erwägen, ob *defendere* nicht in manchen Stellen kompilatorisches Ersatzwort ist für eine noch unbekannte, jenes Auktorieren bezeichnende Wendung. (Cels. D. 21, 2, 62 sagt *liti subsistere*.) — In dem vielbesprochenen fr. 22 § 1 D. 2, 4 mag *defendere* echt sein; doch liegt uns m. E. der Gaianische Text nicht vollständig vor. Lenels Ansicht, das *defendere* sei hier das Eintreten des Vindex für den Geladenen, scheitert an dem Futurum (*defendet*: so die Flor. Bei Lenel, Édit 1, 74 ist *defendit* sicher nur Druckfehler. Voraufgeht: *qui in ius vocatus est*, nicht: *vocabitur*. Wenger a. O. 10. 15. 17 billigt Lenels Auffassung; auch Braßloff a. O. 43 beachtet das Futurum nicht). Vermutlich hat der Jurist die vom Vindex in Jure abzugebende Verpflichtungserklärung im Auge. Unmöglich aber konnte er an die Erwartung dessen, was der Vindex vielleicht tun wird, die Entlassung des Geladenen als Wirkung knüpfen. Daher ist mir Verstümmelung des Urtextes wahrscheinlich. An ein Abschreiberversehen oder die Ersetzung von *defendat* durch *defendet* erst in den Dig. möchte ich trotz Grupe, Ztschr. f. R.-G. R. A. 28, 329 und 29, 306 am wenigsten glauben. [Neuestens zum fr. 22 § 1 cit. Schloßmann, Ztschr. f. R.-G. R. A. 37, 287. 294 f. 303.]

[1]) S. aber oben S. 45 A. 1.

und Paulus D. 25, 2, 3, 4:

... *non aliter ei dandam actionem, quam si filiam rerum amotarum iudicio in solidum et cum satisdatione defendat.*

Wenn sich nach diesen und anderen Zeugnissen die Mitwirkung zur Streitbefestigung als das wesentlichste Stück der prozessualischen Defension erweist, so begreift man nicht, weshalb die gelehrten Ausleger des Fr. 1 § 1 D. 2, 3 nur an die Ablehnung der geforderten Kaution, nicht auch an die Zurückweisung der edierten Formel, und weshalb sie für die ältere Zeit nicht an die Verweigerung der Konträraktion denken. Sollte etwa die Begründung des dinglichen Prozesses anders als durch Litiskontestation erfolgt sein? Niemand wird das behaupten wollen, zumal da für die Vindikationen des Formularverfahrens sowohl das *litem contestari* im ganzen, wie die beiden zugehörigen Akte: das *iudicium edere* und *iudicium accipere* ausdrücklich bezeugt sind.[1])

So möchte man denn vermuten, daß dem *vindicationem (iudicium) pati* doch nicht der gleiche Wert zukomme wie dem *iudicium accipere* und *rem defendere.* Allein auch dieser Zweifel ist leicht zu beseitigen. In der oben (S. 46) zuletzt angeführten Stelle der Quinctiana (87) drückt Cicero die Bereitwilligkeit des Alfenus zur „Defension" durch das *iudicium accipere* mit den Worten aus: *iudicium pati paratum fuisse*[2]), und im gleichen Sinne gebraucht er dieselbe Wendung in Verr. 3, 28, 68. Die Beschränkung des *iudicium pati* auf die Einlassungserklärung geht am deutlichsten hervor aus in Verr. 2, 24, 60[3]), wo es von den Freunden des Epicrates heißt:

iudicium[3]) *se passuros, iudicatum solvi satisdaturos esse dicebant.*[4])

---

[1]) Jul. D. 6, 1, 52. 55; D. 46, 8, 22, 8. Gai. D. 6, 1, 18. 20. Marcell. D. 41, 6, 2. Paul. D. 5, 3, 40 pr. Ulp. D. 5, 3, 25, 2. 7. Für den dinglichen Sposionsprozeß der klassischen Zeit: Gai. 4, 93. — [2]) Genau ebenso spricht Paul. D. 42, 5, 4 vom *defendere defunctum heredem se spondendo* (richtig: *respondendo,* s. D. 3, 3, 39 pr.) *vel actiones patiendo.* — [3]) S. oben S. 46 A. 2. — [4]) Offenbar im selben Sinne ist in der Quinctiana 82 und 83 dem *satisdare* das *iudicium accipere* beigefügt und im § 44 dem *satis accipere* das *iudicium fieri.* Wegen der Bedeu-

Will man weiter ermitteln, ob der Sprachgebrauch der Juristen sich deckt mit dem Ciceronischen, so genügt eine Vergleichung der Paulusfragmente in den Dig. 5, 1, 22, fr. 24, 1, fr. 28, 2, D. 12, 2, 35, 2, D. 36, 1, 68, 3 (Mo.).[1]) Hier heißt augenscheinlich der nämliche Vorgang einmal *iudicium (actionem) pati*[2]), das andere Mal *iudicium accipere* oder *excipere.* Beide Ausdrücke gehen auf die Begründung des „Judiziums", d. h. des Prozeßverhältnisses, und bezeichnen insbesondere die dem Verklagten zustehende Erklärung, den Streit, wie er vom Kläger angeboten ist (nebst dem Gericht), anzunehmen. Nun kommt aber das *iudicium* bekanntlich erst durch die eben erwähnte Streitbefestigung[3]) zustande, nicht schon durch die vorbereitenden und sichernden Kautionen. Daher mochte man zwar bei einiger Freiheit Kaution und Kontestation, wo sie neben einander geboten waren, in den Worten *iudicium pati* zusammenfassen und hiernach von einer Partei, die zunächst nur das Kavieren verweigert hat, füglich aussagen: *iudicium non patitur*; dagegen wäre es schlechthin unstatthaft gewesen, das *iudicium pati* zu bejahen, wo nur kaviert, nicht auch Lis kontestiert war.

Für den Gebrauch des *iudicium pati* im weiteren Sinn, also in gleicher Bedeutung mit *defendere*, kann § 63 der Quinctiana angeführt werden, wo Cicero den Gegner Naevius so sprechen läßt:

> *non est istud iudicium*[4]) *pati neque iudicio defendere, cum auxilium a tribunis petas,*

aus den Pandekten Maecian 49, 17, 18, 4 f. und Marcellus-Ulp. 5, 3, 13, 14. Ob diese Stellen wirklich verlässige Belege sind, und ob ihr Wortlaut nicht bloß auf Ungenauig-

---

tung dieser letzteren Worte vgl. Wlassak, Prozeßgesetze 2, 39 und im übrigen Litiskontestation 35.

[1]) Dazu noch Jul. D. 5, 1, 25, Ulp. D. 5, 1, 2, 3. 6. — [2]) Weitere Stellen, wo diese Wendung vorkommt, oben S. 42 A. 3 und in meiner Litiskont. 26, 1. 2. Wegen des *actionem pati* s. das Verzeichnis im Vocabularium s. v. *actio* p. 122. — [3]) Im alten Sponsionsverfahren vertritt deren Stelle der Abschluß der Präjudizialsponsion und die Einigung über den Spruchrichter. — [4]) Das Wort *iudicium* ist unentbehrlich und daher in den meisten Ausgaben ergänzt; anders aber C. F. W. Müller und Mommsen (oben S. 46 A. 2).

keit zurückzuführen sei, das soll nicht weiter geprüft werden; denn was wir hier brauchen das ist umgekehrt die Feststellung der engeren Bedeutung, also des gleichen Wertes von *iudicium pati* und *iudicium accipere.*[1]) Dieser Sprachgebrauch aber dürfte völlig erwiesen sein, mag er im übrigen als allein richtig gelten oder neben einem anderen nur als Regelerscheinung.

Wenn ich dem gesagten gemäß das für die Vindikation nach fr. 1 § 1 cit. unerläßliche *pati* des Gegners zunächst von dem Geschehenlassen der klägerischen Aktion und von dem Mithandeln bei der Streitbefestigung verstehe und demnach die in der Stelle genannte Rechtsfolge des *vindicari non pati* auch an die Ablehnung der Litiskontestatio anknüpfe, so kann freilich Lenel immer noch die Frage aufwerfen, weshalb die Quellen der klassischen und späteren Zeit, u. z.

die Fr. Vat. 92, Paul. sent. 1, 11, 1 u. D. 37, 10, 6, 6, Diocl. C. I. 8, 6, 1 [2]),

den Besitzverlust bloß unter der Voraussetzung androhen: *si satis non detur*, ohne daneben der Streitbefestigung zu gedenken.

Allein dieser Anstoß ist leicht zu überwinden, wenn man beachtet, daß im Sponsions- und Formularverfahren, anders als in der Legisactio *in rem*[3]), die das Urteil sichernden Kautionen der Prozeßbegründung voraufgehen. Dar-

---

[1]) Daß auch *iudicium accipere* in minder genauer Rede die Satisdation miteinschließe, dafür wird man sich auf Stellen wie Ulp. D. 12, 2, 34, 3, D. 27, 3, 7, 1 schwerlich berufen dürfen. — [2]) Von der Besitztranslation *si satis datum non sit* handelte wohl auch der echte Text von Ulp. D. 2, 8, 7, 2. Über die Interpolation s. A. Faber, Rationalia in Pandectas (1604) 1, 116f., Muther, Sequestration 154. 158f., Gradenwitz, Interpolationen 66, Lenel, Pal. II, 492, 6; Édit 1, 153. Paul. D. 7, 1, 60, 1 ist oben absichtlich nicht genannt; denn der Sinn der Stelle ist von Karlowa, Rechtsgeschichte 2, 467 (dem Lenel jetzt Édit 2, 224, 3 zustimmt) verkannt, während Lenel, Edictum 382, 9 das richtige hat. — [3]) Gai. 4, 16 (dazu oben S. 9). Cic. in Verr. 1, 45, 115: *Si quis testamento heredem se esse arbitraretur, quod tum non exstaret, lege ageret in hereditatem, aut, pro praede litis vindiciarum cum satis accepisset, sponsionem faceret et ita de hereditate certaret.* Man sieht: die Satisdatio ist die Vorläuferin der Sponsion, nicht auch der Legisaktion.

aus ergibt sich, daß der Kläger, dem die Stipulatio *pro praede litis et vindiciarum* oder *iudicatum solvi* verweigert wird, den Gegner nicht weiter zur Sponsion und Streitbefestigung auffordern kann, ohne sein gutes Recht auf Sicherung preiszugeben.[1]) Da ihm solcher Verzicht natürlich nicht zuzumuten ist, war die Frage, ob der dingliche Prozeß zustandekommt, in der Regel schon entschieden mit der gegnerischen Erklärung, nicht kavieren zu wollen. Folgerichtig mußte also die Rechtsordnung — von alters[2]) griff hier nur Amtsrecht ein — im jüngeren Verfahren gegen den Kautionsweigerer dieselbe Hülfe gewähren, die auch im alten Recht neben der Legisactio *in rem* unentbehrlich war, dort aber Ablehnung der Contravindicatio, d. h. der Streitbefestigung zur Voraussetzung hatte.

Dessenungeachtet war die Besitztranslation, selbst nach dem Untergang der Legisactio, aus ihrem ursprünglichen Anwendungsgebiet nicht ganz verdrängt. Sie mußte auch hier noch Geltung bewahren, wenn sich der Belangte — was gewiß seltener vorkam — der Einlassung in den dinglichen

[1]) Vgl. Ulp. zur Cautio *legat. serv. causa* D. 36, 3, 1, 9: *Plane si quis omissa stipulatione litem de legato contestatus est, probandum est cessare debere stipulationem.* Ulp. D. 3, 3, 40, 3: *Ratihabitionis autem satis datio ante litis contestationem a procuratore exigitur: ceterum semel lite contestata non compelletur ad cautionem.* — [2]) Über das Uralter des (zunächst nicht edizierten) Honorarrechts Wlassak, Prozeßgesetze II, 351 ff.; Cognitur (Breslauer Festg. f. Jhering) 59; zu Gell. 16, 10, 8 (neuerdings mißverstanden von Karlowa, Rechtsgeschichte 2, 779 f.) und Gai. 4, 11 insbesondere Prozeßges. I, 102 f. 155, 41, II, 303 ff. 348 f. Es scheint mir recht nötig, einen Ausspruch hieher zu setzen und zur Beachtung zu empfehlen, dessen Urheber der Verfasser des „Römischen Staatsrechts“ ist: „Die ursprüngliche magistratische Koerzition gibt den Einzelnen der magistratischen Willkür unbeschränkt preis. ... Die gesamte innere Entwicklung des römischen Gemeinwesens läuft auf die Fesselung des Imperium durch das Gesetz hinaus.“ So Mommsen, Strafrecht 341 und 171. Die alte Fabel, daß der Gerichtsmagistrat der Urzeit lediglich Ausführungsorgan der Lex war, und erst die Aebutia die Entstehung von Amtsrecht möglich gemacht habe, gilt sicher noch vielen als ausgemachte Wahrheit. Girards Abh., La date de la loi Aebutia (Ztschr. f. R.-G. R. A. 27, 11 ff.) steht und fällt mit der hier zurückgewiesenen Anschauung. Vgl. neuestens (1903) Cuq, Institutions 2, 732 f., l. 4. Schloßmann, Irrtum über wesentliche Eigenschaften 40, 2.

Prozeß entzog, nachdem er vorher kaviert hatte.[1]) Trotz der Satisdatio war kein Zwang gegen ihn statthaft zur Annahme der Actio *in rem*[2]); nicht *missio in bona* hatte er zu

[1]) Wie im dinglichen Prozeß die Translation, so treten im Besitzprozeß (Gai. 4, 170) die Sekundärinterdikte ein, wenn von den mehreren zur Einlassung gehörigen Akten (*cetera ex interdicto)* einer verweigert wird. — [2]) Das Gegenteil könnte man ableiten wollen aus der von Rudorff und Lenel (Edictum 417f. = Édit 2, 279) angenommenen Fassung der Cautio iudicatum solvi: '*eam rem b. v. a. defendi .. spondes?*' Lenel macht selbst aufmerksam auf den dieser Klausel gewöhnlich beigelegten Namen: *ob rem non defensam*; allein bei Ulpian heiße sie einmal (D. 46, 7, 6): *de re defendenda*, und daraus folge, daß die Zusage des Promittenten nicht bloß auf den Interesseersatz bei versäumter Defension ging (wie nach Lenel, Edictum 413 f. 431 in der Stip. *p. p. l. et v.* und *ex o. n. n.*), sondern auch und zuerst auf das *defendi*. Dem kann ich nicht beistimmen. Vor allem ist mir unwahrscheinlich eine Verschiedenheit der Defensionsklausel bei der *A. in rem per sponsionem* (Karlowa, R. Rechtsgeschichte 2, 441, 2 stellt sie hier ganz in Abrede) und *per form. petitoriam*, da keine der beiden Prozeßformen den Einlassungszwang kennt. Andrerseits hindert uns nichts, das Kautionsformular *iudic. solvi* verschieden gefaßt zu denken für Prozesse *in rem* und *in personam* (wegen selbsteigener Obligationen). Indessen ist m. E. Lenels Folgerung aus D. 46, 7, 6 überhaupt zu verwerfen. Die Zweifel der Juristen (Labeo und Sabin bei Paul. D. 3, 3, 43, 6, fr. 45 pr., Jul. D. 3, 3, 76, Jul. Ulp. D. 3, 3, 35, 3), ob der Prätor einen Vertreter, der kaviert hat (grundsätzlich, sofern nicht eine *iusta causa* die Ablehnung entschuldigt), zur Übernahme des Prozesses über die Hauptsache zwingen solle, sind kaum verständlich, wenn durch die Kaution geradezu die Verpflichtung zur Defension begründet wäre. Dagegen ist umgekehrt die Bejahung des Zwanges gegen Vertreter unter besonderen Umständen wohl begreiflich, auch wenn die Kaution jene Verpflichtung nicht erzeugte, oder wenn der Vertreter gar nicht kaviert hatte. Ein Fall dieser Art war durch ein prätorisches Edikt (D. 3, 3, 8, 3) eigens geregelt: der Zwang gegen den Cognitor, mit dessen Einwilligung der Geschäftsherr die Cautio *iud. solvi* geleistet hatte. Ich vermute, daß gerade diese Bestimmung den Juristen vorschwebte bei der Erörterung der Frage (in D. 3, 3, 43, 6, wo am Anfang nicht, wie Lenel Pal. I, 980. II, 414 will, *cognitorem* zu ergänzen ist), ob der freiwillige Defensor (Gegensatz: die notwendige Defension nach dem Ed. D. 3, 3, 33, 3) eines abwesenden auf Grund der von ihm selbst geleisteten Kaution vom Prätor zur Streitbefestigung betreffs der Hauptsache anzuhalten sei. Labeo (bei Paulus) bejaht die Frage, doch nur mit Vorbehalten (der schwerlich Labeonische Satz: *nam eos, qui non coguntur rem defendere, post satis dationem cogi* ist in solcher Allgemeinheit zweifellos unhaltbar, wie schon Labeo

erwarten, sondern nur den Befehl, aus dem Besitze zu weichen.

Deutlich wird dies bestätigt durch die überlieferten Rubriken des prätorischen Albums zu den Interdikten '*quem fundum*' und '*quem usumfructum*'. Wären die heutigen Gelehrten im Rechte, so müßten jene Überschriften etwa lauten:

a quo fundus (usus fructus) petetur si nolit satisdare.

Statt dessen lesen wir:

... si rem nolit defendere.[1])

Nach diesem Texte, der älter sein mag als der Formelprozeß, stehen ohne Zweifel die Interdikte dem Vindikanten auch zu, wenn der Gegner die Streitbefestigung verwehrt. Ja die Worte *rem non defendere* sind gerade auf diesen

---

selbst zeigt), Sabinus dagegen verneint sie schlechtweg und verweist den Kläger darauf: *ex stipulatu ob rem non defensam agi posse* (fr. 45 pr.); Julian endlich steht auf Labeos Seite und begründet seine Entscheidung (fr. 76) — vorsichtiger als Paulus im fr. 43, 6 — mit den Worten: *defensor cum satis dedit, domini loco habendus est.* Meine Behauptung, daß auch nach der Kautionsleistung keine Pflicht zur Sachdefension im dinglichen Prozesse bestehe, wird anscheinend unmittelbar bestätigt durch Ulp. (so Lenel, Pal. II, 415, 3 statt des überlieferten Idem = Venul.) D. 46, 7, 18: *Vir bonus non arbitratur indefensam esse rem, de qua praetor iudicium accipere non cogat.* Der Jurist mochte fortfahren: ein *vir bonus* müsse aber allerdings die *res* für *indefensa* erachten, wenn der Gegner nach der Ablehnung des dinglichen Prozesses auch die Besitztranslation vereitele. Für durchschlagend halte ich das Fragment nur deshalb nicht, weil wir die Umgebung, aus der es stammt, nicht kennen, und die Beziehung auf den Fall eines Vertreters, der *ex iusta causa* die Einlassung weigert, doch nicht ausgeschlossen ist. Immerhin weisen die Worte *rem de qua praetor ... non cogat* eher auf die Beschaffenheit der Rechtssache, die keinen Einlassungszwang zuläßt, als auf begleitende Umstände, die das *iudicium non accipere* entschuldigen.

[1]) Fr. Vat. 92. Scaev. D. 39, 2, 45 (wo in der Überschrift, wie die Stelle selbst zeigt, die Ergänzung durch das Wort *defendere* unabweislich ist). Dazu noch Afric. D. 39, 1, 15. Für den Sponsionsprozeß vgl. Cic. in Verr. 1, 45, 116, der aus dem Verrinischen *edictum urbanum* die Rubrik mitteilt: *si possessor sponsionem non faciet.* Diese Worte bezieht man (Leist-Glück, Pand. B. 37. 38, I, 115, 13) wohl mit Recht auf die Präjudizialsponsion und denkt sich als weiteren Inhalt des Edikts die Anordnung der Besitztranslation.

Fall hauptsächlich gemünzt und vielleicht erst später auf die Ablehnung der Kaution erstreckt, als im neueren Verfahren das Kavieren seinen Platz vor dem Kontestieren erlangt hatte.

Für diese Reihenfolge selbst aber sind in der alten Literatur [1]) so zahlreiche und so unzweideutige Belege erhalten, daß die Verkennung [2]) der dem Cuiacius [3]) z. B.

---

[1]) Ed. perp. D. 3, 3, 8, 3. Cic. in Verr. 1, 45, 115 (dazu oben S. 50 A. 3). Sab. Paul. D. 3, 3, 45 pr. Min. Iul. D. 3, 3, 76. Iul. Gai. D. 46, 7, 7. Iul. Ulp. D. 2, 8, 11 *(petiturus!)*; D. 3, 3, 35, 3. Marcell. D. 26, 7, 28 pr. Paul. D. 2, 8, 14 *(petituro!)*; D. 3, 3, 14. 43, 6; D. 46, 7, 8. Ulp. D. 3, 3, 15 pr.; D. 5, 1, 64, 1 *(acturus!)*; D. 46, 7, 13, 1. Vgl. auch Iul. Maec. D. 35, 2, 32, 2. Fr. Vat. 317 *(defensurus!)* und die Stellen S. 51 A. 1. Von der Wiedereinsetzung, die gewährt werden konnte, wenn sich die Kaution nachträglich als unzureichend erwies, handelt Paul. D. 2, 8, 8, 2f. Scaev. D. 46, 7, 20 hat ein Extraordinarverfahren im Auge. Ulp. D. 46, 7, 3 pr. halte ich für interpoliert. Als Urtext vermute ich: *Si quis ad centumviros iturus stipulatus est iud. s. et agit apud iudicem.* ... — [2]) Savigny, System 6, 27f. erörtert die Klagen *in rem*, wo neben der Litiskontestation eine Stipulation anzunehmen sei; „doch" — fährt er fort — „lasse ich es dahin gestellt sein, ob die Litiskontestation mit der Stipulation verschmolzen war, oder ob beide als getrennte, aber gleichzeitige Akte neben einander standen" (!). Nach Lenel, Edikt 108 (ebenso Édit 1, 156) „konnte vor dem Prozeß von einer *cautio p. p. l. v.* und *iud. solvi* in der Regel noch keine Rede sein". Eine Ausnahme wird nur anerkannt wegen Paul. sent. 5, 9, 1 S. 415. Anders und richtiger Ubbelohde-Glück, Pand. B. 43. 44, I, 24f. Meine Ansicht über das Zeitverhältnis ist ausgesprochen: Z. Gesch. d. Cognitur 12. Neuestens anerkennt Karlowa, Rechtsgeschichte 2, 468f. zwar den Vortritt der Stip. *iudicatum solvi* als Regel, doch „konnte sie der Litiskontestation auch erst folgen". Wann diese Umkehrung der Reihenfolge eintrat, das sagt er nicht; maßgebend ist ihm Ulp. inst. fr. Vind. 4: .. *si fundum vel hereditatem ab aliquo petam nec lis defendatur, cogitur ad me transferre possessionem.* Da der Jurist von einer *lis* spreche, müsse die Streitbefestigung als vollzogen gedacht werden. Der Verklagte verweigere hier also *post acceptum iudicium* die Kaution (diese Bedeutung hätten die Worte: *nec lis defendatur*). Solchenfalls sei es „ruhig dem Judex überlassen worden, die betreffenden Kautionen (d. h. die *c. iud. solvi* und, wenn diese nicht zu erreichen ist, eine das *transferre possessionem* vermittelnde Kaution) aufzulegen". Allein diese Deutung kann nicht richtig sein. Durch die Streitbefestigung hat sich der Verklagte dem bevorstehenden Urteil im Eigentums- oder Erbrechtsprozesse unterworfen. Würde aber der Kläger vor dem Judex die Kautio *iud. s.* begehren, so brauchte der Gegner diese nur abzulehnen, um sich dem Urteil zu entziehen. Der Richter müßte jetzt

wohlbekannten Tatsache geradezu als Kuriosität gelten darf. Nur wer sich erinnert, daß wir gehorsame Schüler F. L. Kellers waren oder gar noch sind, findet eine Erklärung. Denn Keller ist es gelungen, das ganze Verfahren in Jure in ein gestaltloses Chaos aufzulösen und uns zu belehren, daß dieses Ganze *litis contestatio* hieß. Natürlich durfte darnach niemand die unverständige Frage wagen, was in der Reihe voraufgehen mochte: ob das Kavieren oder das Kontestieren?

IX.

Die *res indefensa* — Keller'sche Irrlehren — Die Prozeßformel der Parteien und das amtliche Interdikt.

In der vorstehenden Darlegung, die sich zunächst gegen das Dasein einer einseitigen Vindikation richtet, ist gelegentlich schon ein weiterer Beweisgrund berührt, der mir selbst ohne andere Stütze kräftig genug scheint, die Annahme zu widerlegen, daß in alter Zeit der zur Vindikation nicht mitwirkende Gegner die Addictio des klägerischen Eigentums zu gewärtigen hatte. So beleglos diese Behauptung ist, so gut bezeugt ist nämlich das klassische Recht der dem

---

— nach Karlowa — auf die Besitztranslation hinwirken, mithin den Kläger, der Formelvorschrift zuwider, ohne Entscheidung der Rechtsfrage abweisen! Letzterer hätte Mühe und Kosten der privatrichterlichen Verhandlung zu tragen, ohne anderes zu erreichen als den Besitzzuspruch, der auch ohne Streitbefestigung zu haben ist. Andrerseits wäre der Verklagte ermächtigt, durch nichternstlich gemeinte Einlassungserklärung die Herausgabe der Sache zu verzögern und den Kläger auch sonst zu schädigen. Hiernach muß die Institutionenstelle gewiß anders verstanden werden. Vermutlich hat Ulpian *nec lis def.* statt *nec res def.* geschrieben, weil ihm das Wort *res* unpassend erschien nach dem vorhergehenden *fundum vel hereditatem*. *Lis* aber ist ihm nichts anderes als der Streitgegenstand (Varro l. l. 7, 93), auch vor der Kontestation. Übrigens halte ich auch eine andere Übersetzung für ziemlich unbedenklich. *Nec lis defendatur* kann bedeuten: „wenn durch Nichtannahme (der *petitio*) die Begründung des Rechtsstreits (*lis*) verhindert wird." — [8]) Observ. 15, 10. Mit Cuiacius einverstanden Wetzell, Vindikationsprozeß 102, der aber das Verhältnis zwischen Kaution und Kontestation arg entstellt, und Schirmer, Prät. Judizialstipulationen 7 f.

Vindikanten gegenüber unverteidigten Sache, und so klar ersichtlich auch die grundsätzliche Abweichung dieser überlieferten Ordnung von der für die alte Legisactio fälschlich erschlossenen.

Wer die sturmfreien Dogmen der Romanistik des 19. Jahrhunderts nicht kennt, wird es kaum begreifen, weshalb ein so naheliegender Gedanke außer Betracht bleiben mußte wie der: das Schicksal der *res indefensa* sei wohl in der alten Vindicatio dasselbe gewesen wie später im Formelprozeß. Was soll denn dieser Lösung im Wege stehen? Antwort: zwei turmhohe Vorurteile, von denen das eine die Erforschung wie des Prozeß- so auch des Verkehrsrechtes der Römer gefährdet, während das andere sich nur auf die alten Prozeßordnungen bezieht.

Das erste ist die Lehre von der Alleinherrschaft des gesetzlichen und dem Gesetze eingefügten Juristenrechts in der Zeit bis zur Lex Aebutia. Bis dahin — nach Girard bis ins 1. Drittel des 7. Jahrhunderts d. St. — wären die Magistrate unfähig gewesen, in dem gesetzfreien Gebiete eine Jurisdiktion zu beschaffen. Stritten Bürger untereinander, so hätten die Gerichtsherren ihre Römer nicht selten unbefriedigt entlassen müssen, da sie nicht befugt waren, die Lücken der Rechtsordnung durch eigene Verfügung auszufüllen. Und wie die Beamten die Fremdengerichtsbarkeit handhaben konnten, das bleibt vollends unerklärt, da für diese die Leges keine Geltung hatten. Erst nach der Aebutia hätte die römische Magistratur die vielgepriesene Freiheit errungen, die in Wahrheit gerade am Anfang der Entwicklung am wenigsten beengt war, während die wachsende Zahl der Gesetze im Laufe der Jahrhunderte mehr und mehr Schranken aufrichten mußte.[1])

Das zweite, nicht minder verwerfliche Dogma hat die Beziehung zwischen dem Verfahren mit geschriebenen und dem Verfahren mit gesprochenen Formeln zum Gegenstand. Der gemeinen Ansicht zufolge hätte es keine Brücke gegeben über den tiefen Abgrund, der die beiden Prozeßarten

---

[1]) S. oben S. 51 A. 2 und Wlassak, R. Prozeßgesetze 2, 93 ff. 303 f. 347 ff.

schied, obwohl sie zeitweilig für die nämlichen Sachen nebeneinander galten, und die ältere von Haus aus nicht allgemein, sondern nur für die gesetzlich geordneten Verhältnisse anwendbar war.

Doch führt in der Tat eine der Überlieferung genauer nachgehende Untersuchung zu einem wesentlich anderen Ergebnis. So folgenreich die mit dem Fall der Legisactio errungene Befreiung der Prozeßformel vom Zwang des Gesetzbuchstaben war, so wenig sind hiedurch die letzten Grundlagen des Gerichtsverfahrens in Privatsachen berührt.[1] F. L. Keller behauptet allerdings das Gegenteil. Er läßt mit der Prozeßreform die rechtlich maßgebende Feststellung der Streitsache aus den Händen der Parteien in die des Magistrats übergehen, ersetzt also die bisher vom Beamten nur überwachte private Prozeßbegründung durch einen von beiden Parteien oder gar nur von einer[2] beantragten Offizialakt[3], während die Quellen, glatt widersprechend, die Streitkontestation des jüngeren wie des älteren Verfahrens niemals vom Beamten ausgehen lassen, sondern immer und ausschließlich von den Parteien. Und nur ein anderer Ausdruck hiefür ist es auch, wenn die Quellen, wiederum einstimmig, die Konsumption und die Entstehung der Prozeßobligation unmittelbar an das *agere (intendere, petere, iudi-*

---

[1]) Die von Gai. 4, 16. 91—95 bezeugten Umbildungen der Actio *in rem*: die Abschaffung der Doppelseitigkeit und das Erfordernis des anerkannten Besitzes für die Beklagtenrolle stehen in keinem inneren Zusammenhang mit dem Wechsel der Prozeßformen. Die Vindikation gegen den Besitzer wäre natürlich auch in der Spruchform möglich gewesen; doch hätte die Volksgesetzgebung eingreifen müssen. Der Anstoß zu jenen Umbildungen ging vom Amtsrecht aus *(interd. uti possidetis!)*. So kam auch das neuere Recht der dinglichen Klage, da die Legisactio für den Beamten unantastbar war, zum Durchbruch bei der prätorischen Prozeßform des *litigare per sponsionem*. — [2]) Vgl. Keller, Zivilprozeß [6] 252. 256. 299 (A. 703). 315. — [3]) Es ist gut, das Kind beim rechten Namen zu nennen. Ein Fachmann Rich. Schmidt, Die Klagänderung (1888) 202, 3 hat für Kellers Theorie sofort den treffendsten Ausdruck gefunden; vgl. ferner E. Kleinschrod, Prozeß. Konsumption 26. Das im Texte folgende ist nachträglich eingeschaltet nach der Ausgabe von Hölders Dekanatsprogramm: Die Litiskontestatio des Formularprozesses (Leipzig 1903). [Mit Zusätzen ist dieses Programm wieder abgedruckt in der Ztschr. f. R.-G. R. A. 37, 197ff.]

cium accipere) der Parteien anknüpfen, niemals an das hievon verschiedene [1]) Antragstellen (postulare, auch petere) und an das dem Antrag stattgebende iudicium (actionem) dare des Magistrats.

Kellers Ansehen aber war bald nach der kühnen Vergewaltigung der alten Überlieferung (1827) so sehr gefestigt, daß selbst unleidliche Folgerungen aus der grundlegenden Theorie deren Aufstieg zur Alleinherrschaft nicht mehr hindern konnten. Und wohl die übelsten Folgeerscheinungen des seither auf der Prozeßwissenschaft lastenden Alpdrucks sind als solche heute noch kaum erkannt. So hat man es längst empfunden, daß der Privatrichter etwas wesentlich anderes sei als der Unterrichter *(iudex, arbiter pedaneus)*.[2]) Wie aber sollte das richtige an den Tag kommen, wenn der erstere vom Beamten nicht weniger ernannt sein soll als der letztere? [3])

Genau ebenso verhält es sich mit dem Gegensatz im Wesen des Interdikten- und Formularverfahrens. Gaius macht auf den springenden Punkt an auffallendster Stelle (4, 139) aufmerksam, da wo er sich vom Formelprozeß abwendet und mit der Darstellung der Interdikte beginnt. Keller aber hat auch hier seinen Anhängern die Einsicht völlig verschlossen, da er der Formel fälschlich die Eigenschaft zuspricht, deren Mangel sie gerade vom Interdikt unterscheidet. Dagegen werden Gaius' Worte sofort verständlich, wenn man erwägt, daß die Streitbefestigung ein Vertrag der Parteien ist, durch den sie die vorher [4]) vom

---

[1]) Vgl. Wlassak, Gesch. d. Cognitur 18f., 3. 72, 53 a. E. — [2]) Auch *recuperatores* kommen als Unterrichter vor, so in der Lex col. Genetivae Iuliae c. 95; wie denn überhaupt die meisten uns erhaltenen Gesetzurkunden nicht von Privatrichtern handeln, sondern von Gehülfen, die im amtlichen Auftrag judizieren. — [3]) Vgl. Wlassak, Prozeßgesetze 2, 197, 18 und in Pauly-Wissowa, R. E. II, 410 unter 3; zustimmend Mitteis, Hermes 30, 580. — [4]) Hölder a. O. hat die Erörterung der Frage, wie in Rom zur Zeit der klassischen Juristen die Lis kontestiert wurde, in eine Region gehoben, in der man die Stimmen der Quellen nicht mehr vernimmt. Auch wo sie der These des Verf. geradezu widersprechen (vgl. z. B. die in meiner Litiskontestation 31f. abgedruckten Stellen), haben sie kein Gehör gefunden. [Neuestens handelt von der römischen Litiskontestation R. Schott, Röm. Zivilprozeß und moderne Prozeßwissenschaft 43ff. — 1904.]

Prätor zugelassene Formel *(iudicium datum)* zur bindenden Vorschrift für ihren Prozeß erheben. Das Gutheißen der Streiturkunde durch amtliches Dekret, das vergleichbar ist dem Vollwort des Vormunds, macht die Formel selbst ebensowenig zu einer Willensäußerung des Beamten als der Vertrag des Mündels zu einem Geschäft des Tutors wird, wenn dessen Auctoritas hinzutritt.

Noch schlagender vielleicht ist die Hinweisung auf das Verfahren mit „prätorischen" Stipulationen. Die Pandekten reden auch hier (in unverdächtigen Stellen) von einem *dare* des Beamten; und doch wird es niemandem beifallen, die von den Parteien abgeschlossene Stipulation als amtliches „Dekret" zu bezeichnen.

Daher behaupte ich: in der Prozeßformel, die keinen „Befehl" enthielt[1]) (nur Anweisungen), sprechen die Parteien[2]) zum Privatrichter, nicht der Beamte, während für die Interdikte a. O. genau das Gegenteil (die Urheberschaft des Magistrats) klar bezeugt ist:

Certis ... ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponit ... et in summa aut iubet aliquid fieri aut fieri prohibet. ... Vocantur autem decreta, cum fieri aliquid iubet, veluti cum praecipit, ut aliquid exhibeatur aut restituatur; interdicta vero, cum prohibet fieri, veluti cum praecipit, ne ....

Wenn Gaius im Interdiktenverfahren den Magistrat *principaliter* „an erster Stelle" oder „in hervorragender Weise" auktorieren läßt, so hat er gewiß nichts anderes

[1]) Das prätorische *iudicare iubere* erfolgt nicht durch die Formel; s. Wlassak, Prozeßgesetze 2, 56, 10 und in Pauly-Wissowa, R. E. II, 409 Z. 59—64. Die Klagformeln des Formularprozesses sind nicht identisch mit den bei Theophilus angeführten. Keller und alle neueren bilden ihre Formeln nach dem byzantinischen Muster statt nach Gaius. Allerdings bietet auch die Veroneser Hdschr. den echten Wortlaut nur an einigen Stellen; die meisten Formeln sind schon von den Schreibern des Palimpsesten verfälscht. Das eben gesagte glaube ich beweisen zu können. Mein Ziel war und ist es, eine haltbare Grundlage zu schaffen für die These: der römische Privatprozeß hat seinen Ursprung im Schiedsgericht. — [2]) Dies habe ich schon 1896 drucken lassen in Pauly-Wissowa, R. E. III, 1936 Z. 50—55.

im Sinne, als was die folgenden Sätze besonders be
Das Interdikt wird juristisch wirksam, gleichviel voı
es entworfen sein mag, als Ausspruch (Befehl
Verbot) des Prätors, und eben das gilt von der I
nicht. Freilich reicht der Amtsakt allein auch in d
stalt des Interdikts nicht aus, den Rechtsstreit zu begr
die *auctoritas* bedarf, wie billig, der Ergänzung.[1]) Be
wird diese durch Parteihandlungen, deren Worte ab
rückweisen auf das Interdikt; denn durch das prät
Dekret ist hier das Thema des Prozesses schon uave
bar bestimmt. Mithin zwar ein „Auktorieren", ab
„prinzipales"; während im Formularverfahren der Pri
akt von den Parteien ausgeht, das prätorische Vollw
den Hintergrund tritt und in der Formel selbst gaı
zum Ausdruck gelangt.

Eine schöne Bestätigung meiner Auffassung[2])
c. 19 der Lex Rubria über die *operis novi nuntiatio.*
Gesetz weist den beikommenden Beamten an, die vc
Ortsobrigkeit verfügte *remissio* mittels Exceptio zu be
sichtigen:

quodque quisque quomq(ue) d(e) e(a) r(e) decernet interdeicetve seive sponsionem fierei ⟨iudicareive⟩ iubebit iudiciumve quod d(e) e(a) r(e) dabit, is in id decretum interdictum sponsionem iudicium exceptionem addito addive iubeto: 'Q(ua) d(e) r(e) o. n. n. . . . non remeisserit'.

Augenscheinlich unterscheidet das Gesetz: in's *decretum, interdictum,* die amtliche Verfügungen sind, soll der Magistrat die *exceptio* selbst einfügen *(addito)*; dagegen soll er die Einschaltung anordnen *(addi iubeto)* in die *sponsio* wie in's *iudicium*, da nicht er sich dieser Formeln zu bedienen hat, sondern die Parteien beim Vertragsschluß.

Es liegt mir fern, an diesem Orte den Feldzug gegen

---

[1]) Das anomale der voraufgehenden und überwiegenden *auctoritas* verkenne ich nicht. Doch gebraucht Gaius unwidersprechlich für das Interdizieren den Ausdruck *auctoritatem interponere.* Erinnert sei auch an die antizipierte *patrum auctoritas*: Mommsen, Staatsrecht III [2] 1042. — [2]) Auf eine Kritik der Literatur zu Gai. 4, 139 (aus jüngster Zeit: Karlowa, Rechtsgeschichte 2, 1005 f. Cuq, Institutions 2, 707, 6) muß ich hier verzichten.

Kellers Lehre, die übrigens kaum noch die Mehrheit für sich hat, neuerdings aufzunehmen. Daß die Angreifer ihr Pulver durchaus nicht verschossen haben, das wird man vielleicht aus den obigen Bemerkungen ersehen können. Doch sind diese hauptsächlich eingefügt zur besseren Sicherung der schon in meiner „Litiskontestation“ [1]) behaupteten Wesensgleichheit des Legisaktionen- und des Formularverfahrens. Nach meinem Ermessen ist überall, wo keine Abweichungen bezeugt sind, der Frage Raum zu geben, ob das für den Formelprozeß gültige nicht zurückreiche in die Zeit der vorherrschenden Legisactio. Selbst wo es sich um prätorische Einrichtungen handelt, steht an sich nichts im Weg, sie zur Ergänzung der gesetzlichen Ordnung des Spruchprozesses heranzuziehen, sofern nicht Gründe vorliegen für die Annahme jüngeren Ursprungs. Ohne es besonders auszusprechen habe ich mich von diesen Erwägungen schon oben (S. 41 f., 48, 51) leiten lassen bei der Auslegung von Ulp. D. 2, 3, 1, 1 und mir hiedurch vielleicht den Vorwurf zugezogen, die Epochen leichtsinnig zu vermengen, oder, Legisactio und Amtsrecht in unzulässige Berührung zu bringen. Doch glaube ich solchen Tadel mit Fug abweisen und die Überzeugung festhalten zu können, daß ein überaus wichtiges, erst von den Klassikern bezeugtes Stück des Vindikationsrechtes älter sei als der Formelprozeß. Zur Rechtfertigung dieser Annahme ist der folgende Abschnitt eingefügt.

X.

Die Einlassungsfreiheit bei der Actio in rem im ältesten und im Justinianischen Recht.

Zweimal verkünden die Pandekten für den dinglichen Prozeß einen Grundsatz [2]), der sehr bekannt, niemals aber

---

[1]) S. 81. 84 f. — [2]) Unter den wenig ausgiebigen Darstellungen ragt hervor Rudorff, R. Rechtsgeschichte 2, 314—317; dazu Pfersche, Pr. Abhandlungen 32 ff. Bekker, Jahrb. d. gem. Rechts 4, 186; Aktionen 1, 202 f. spricht von der Regel *invitus nemo* . . . als von einer „alten“, die „noch galt, als die Vind. längst ihren ursprünglichen reinen Charakter verloren hatte“. D. 6, 1, 80 ist am eingehendsten von L. Seuffert, Arch. f. ziv. Praxis 67, 333 ff. erörtert; s. auch Brinz im

richtig gewürdigt ist. Anthian (D. 6, 1, 80) faßt ihn in die Worte:

In rem actionem pati non compellimur,

während er bei Ulpian (D. 50, 17, 156 pr.) lautet:

Invitus nemo rem cogitur defendere.[1])

Ohne Zweifel wäre es verlorene Mühe, nach Beziehungen zu suchen, die gerade zwischen der Schriftformel und jener Regel bestehen sollten, oder umgekehrt nach Gründen, die deren Geltung im alten Spruchverfahren ausschließen würden. Wie der Zwang zur Annahme der Actio *in personam* gegen den *suo nomine* Verklagten, so ist im Gegensatz hiezu die Freiheit der Einlassung in den dinglichen Prozeß ein Stück Unterbau des römischen Systems, das die Jahrhunderte durch Stand hielt trotz mehrfachen Wechsels der Formen für die Streitbegründung.

Belegen läßt sich diese Behauptung in zweifacher Richtung. Einmal durch ein unsicheres Zeugnis: Cic. in Verr. 1, 45, 116, aus dem schon B. W. Leist (oben S. 53 A. 1) das Recht der Einlassungsfreiheit für die Actio *in rem per sponsionem* erschlossen hat. Sodann in verlässiger Weise durch die Aufnahme vieler Stellen[2]) in die Kompilation, wo

selben Arch. 70, 405. Jüngst (1902) aber hat Naber, Mnemosyne N. F. XXX, 322 ff. einen Aufsatz veröffentlicht: *quid sit in rem actio*, worin er des Mangels der Einlassungspflicht gar nicht gedenkt. Ähnlich auch Wach, Grünhuts Ztschr. 7, 149, Jörs in Birkmeyers Enzykl. [1] 99 und besonders Brinz, der in der Münch. Festgabe f. Planck 151 ff. 170 „den Einlassungszwang im röm. Recht“ untersucht, ohne die Beschränkung auf persönliche Klagen zu beachten. Ausdrücklich zurückweisen möchte ich hier nur die Vorstellung (bei Pfersche a. O. 32), daß der Satz *invitus nemo* ... nicht ernst zu nehmen sei, da es auch der dinglichen Klage gegenüber eine „Kontumaz“ gebe mit „Straffolge, die nur geringer erscheint“ als die bei *A. in personam* eintretende. Nicht um ein mehr oder weniger handelt es sich, sondern um einen von den Römern allein richtig bezeichneten scharfen Gegensatz.

[1]) Nach Witte, Interd. uti possid. 59, P. Krüger, Krit. Versuche 101 bezieht sich dieser Satz Ulpians auch auf den Besitzstreit. M. E. trifft das nicht zu, obwohl im übrigen die Nachbildung der alten Vindikation in den Formen des Besitzprozesses unverkennbar hervortritt. — [2]) Verzeichnisse z. B. bei Keller, Zivilprozeß [6] § 65, 753, Wetzell, Zivilprozeß [3] § 49, 26 f., die aber der Ergänzung bedürfen.

der Mangel der Einlassungspflicht entweder geradezu ausgesprochen oder doch vorausgesetzt ist.

Mithin steht lange nach dem Untergang des Privatgerichts und der Formel der dingliche Prozeß des Justinianischen Gesetzbuchs unter dem gleichen Recht wie die *in rem actio per formulam petitoriam*. Nur eines fehlt: Justinian kennt zur Vermittelung der Besitztranslation keine Interdikte. Wie der Kaiser die Lücke ausfüllen wollte, das ergibt sich zum einen Teil aus fr. 80 D. 6, 1, worin nur[1]) die ersten sechs Worte Anthian gehören, zum anderen aus D. 2, 3, 1, 1 in Verbindung mit dem interpolierten Anfangs- und Schlußsatz von D. 6, 1, 68.[2])

Hiernach wird man unterscheiden müssen. Entweder bekennt sich der Verklagte trotz der Zurückweisung der Actio *in rem* als Besitzer: hier erläßt der Richter ohne weiteres einen auf den Besitzwechsel lautenden, mit gewaffneter Hand (*manu militari*) vollstreckbaren Befehl. Anders wenn der Gegner den Besitz ableugnet: solchenfalls kann der Kläger trotz der Vereitelung des dinglichen Prozesses, ohne Edition einer neuen Klage, das Verfahren fortführen, indem er Beweis anbietet für den Besitz des Verklagten. Bei günstigem Erfolg der Beweisführung hat der Richter Translation des Besitzes anzuordnen[3]), u. z. wiederum unbedingt, d. h. ohne dem Kläger

---

Insbesondere füge man bei Labeo-Ulp. D. 4, 3, 9, 3, Jul. D. 6, 1, 52, Ulp. D. 2, 3, 1, 1 (vgl. Bas. 7, 7, 1), D. 46, 7, 18 (dazu oben S. 53 A. 2).

[1]) So Lenel, Pal. I, 180, 2, während L. Seuffert a. O. 338f. auch noch das *quia licet* ... *possidere* für echt hält. — [2]) Dazu kommen noch die von A. Schmidt, Interdiktenverfahren 310ff. aufgezählten Stellen, wo neben gewissen Interdikten eine *extraordinaria exsecutio* gewährt ist. Über den für die Auswahl des Rechtsmittels im einzelnen Fall maßgebenden Gesichtspunkt vgl. Ubbelohde-Glück, Pand. B. 43. 44, II, 379ff. — [3]) Die Translation ist keine Strafe, die ja Einlassungspflicht zur Voraussetzung hätte; sie ist auch keine Folge der Besitzableugnung, da ihr auch der geständige nicht entgeht. Daß die Byzantiner den wahren Zusammenhang noch kannten, dafür spricht die Verarbeitung von D. 2, 3, 1, 1 in den Bas. 7, 7, 1: *Ὁ περὶ κινητοῦ πράγματος ἐναγόμενος ἄδειαν ἔχει μὴ ὑποδέξασθαι τὴν δίκην, ἀλλ' ἀνέχεσθαι ληφθῆναι τὸ πρᾶγμα.* Doch drückt sich schon Cyrillus unter dem Einfluß der ungeschickten Worte des fr. 80: *quia licet alicui dicere se non possidere* recht bedenklich aus in dem Schol. zu Bas. 42, 4, 20; und noch schlimmer ist die dem fr. 80 entsprechende

die nach klassischer Ordnung (Paul. sent. 1, 11, 1) von ihm zu fordernde Satisdatio aufzulegen.

Letzteres ergibt sich als notwendige Folge[1]) aus der von Justinian verfügten Aufhebung der Kautionspflicht für den mit dinglicher Klage Belangten.[2]) Erwägt man aber, daß diese Neuerung die Kompilatoren nicht davon abhielt, den alten Satz: *in rem actionem pati non compellimur* in das neue Gesetzbuch aufzunehmen, so zeigt sich nachträglich, wie unvermeidlich der Beitritt zu der oben auf S. 44f., 53f. verteidigten These ist. Wäre unter der klassischen „Defensio" gegen Actio *in rem* nicht die Einlassungserklärung zu verstehen, sondern — wie alle neueren wollen — lediglich das Kavieren, so hätte Tribonian nach der Beseitigung des letzteren auch jene *defensio* nebst der Translation des Besitzes in den Rechtsbüchern tilgen müssen.[3]) Nun sind aber, wie der Augenschein lehrt, das *rem defendere* und die gleichgeltenden Ausdrücke in den Pandekten oft genug zu finden. Da es schlechterdings unstatthaft wäre, diese Erscheinung auf eine Gedankenlosigkeit der Kompilatoren zurückzuführen, so wird man wohl zweierlei jetzt als festgestellt betrachten: einmal die hier angenommene Hauptbedeutung des *in rem actionem pati* und zum zweiten die Anerkennung der Ein-

---

Stelle der Bas. (15, 1, 79) geraten. Unsere Literatur, auch der jüngsten Zeit, weist zahlreiche Mißverständnisse auf: z. B. Bethmann-Hollweg, Zivilprozeß 2, 245f. und 569f., 62 (wo Einlassungs- und Folgepflicht vermengt sind), Brinz, Pand. [2] 1, 649. Dem richtigen näher kommt G. Demelius, Conf. 328ff.; falsch aber ist das aus der Gleichsetzung von „*litem non defendere*" und „Unterbleiben der *satisdatio*" gefolgerte, falsch auch die Behauptung (330, 1), daß das Justinianische fr. 80 cit. eine *poena temere litigantium* anordne.

[1]) L. Seuffert a. O. 340. Den Schlußsatz des schwierigen fr. 60 § 1 D. 7, 1 aus Paul. sent. (oben S. 50 A. 2) durften die Kompilatoren nicht aufnehmen. Paul. D. 37, 10, 6, 6 kann als Carbonianisches Sonderrecht gelten. — [2]) Iust. I. 4, 11, 2. Bethmann-Hollweg, Zivilproz. 3, 250. Wetzell, Zivilproz. [3] 317. — [3]) Nach Rudorff, Ztschr. f. gesch. R.-W. IX, 54 hat es mit größerer Bestimmtheit Pfersche, Pr. Abh. 38f. zugestanden, daß mit der Abschaffung der Kaution das Recht der Besitzübertragung „obsolet wurde". Doch glaubt er, unter dem *non defendere* „anderes pflichtwidriges Verhalten, besonders das Nichterscheinen verstehen" zu können. Darin irrt er: dieser Ausweg ist gewiß nicht offen; vgl. auch das oben S. 63f. A. 3 wider Bethmann-Hollweg gesagte.

lassungswillkür durch Justinian bei denselben Klagen wie nach dem Recht der klassischen Epoche.

Wir sehen also die Verfolgung dinglicher Rechte von der Zeit Ciceros ab bis auf Justinian und noch weiterhin ohne wesentliche Änderung von demselben Grundsatz beherrscht: immer ist über das Sachenrecht ein Prozeß nur möglich, wenn der Verklagte freiwillig zur Einlassung bereit ist. Daß es jemals anders war, als die Legisaktionen noch in ungeminderter Geltung standen, dafür spricht kein einziges Zeugnis; ja die Überlieferung enthält überhaupt nichts, was Anlaß böte zu Zweifeln an dem Uralter der klassischen und Justinianischen Ordnung. Darnach aber wären die Prozesse um Eigen und die um Schuld von jeher auf Grundlagen aufgebaut, die den schärfsten Gegensatz erkennen lassen. Nicht von der Einheit wäre das alte Recht des gerichtlichen Verfahrens ausgegangen, um später Unterscheidungen zu entwickeln; vielmehr hätte der ursprüngliche Gegensatz von Actio *in rem* und *in personam* in der Kaiserzeit eher Abschwächungen erfahren.

XI.

Wider Demelius' Persekutionslehre.

Ganz anders denkt freilich über die soeben berührten Dinge ein als Prozessualist in hohem Ansehen stehender Forscher: Gustav Demelius. Ihm[1]) erscheinen die Legisaktionen, u. z. auch die der Streitbegründung dienenden, als eine Einrichtung, die mit dem Verfahren *per formulas* kaum irgend eine Ähnlichkeit zeigt.[2]) Das *lege agere* soll eine

[1]) Confessio 39ff. 60. 76ff. Über die besondere Bedeutung, die Demelius (abweichend von den Quellen; vgl. Wlassak, Prozeßgesetze 2, 11, 6) dem Ausdruck „Rechtspersekution" beilegt, vgl. Conf. 39f. 48f. 87f. 114 und am deutlichsten 212f.: „Das subjektive Recht trägt seine Exekutionskraft in sich selbst, indem dieselbe zwar durch das nur mittels *iudicium* und Urteil zu überwindende Defensionsrecht gebunden erscheint, aber durch *confessio in iure* von dieser Gebundenheit frei wird. Der Prozeß ist noch immer Rechtspersekution, die auch ohne Rechtsstreit und Urteil zum Endziele führen kann." — [2]) Um Mißverständnissen vorzubeugen, darf ich hier wohl auf meine Prozeßgesetze 1 § 16 aufmerksam machen.

Rechtsdurchsetzung, „Persekution“ durch den Berechtigten sein, meist „unter magistratischer Legalisierung“ und in Gegenwart des anderen Teils, jedoch ohne notwendige Mitwirkung des Gegners. Läßt dieser die „Persekution über sich ergehen“, oder, um es deutlicher zu sagen, unterläßt er den ihm zustehenden formellen Widerspruch, so gelangt der allein agierende Kläger zur Rechtsverwirklichung (Exekution) ohne Rechtsstreit.

Demgemäß schließt die einseitige, durch Konträraktion nicht gehemmte Vindikation auch schon die Vollstreckung ein, und das klägerische *aio te mihi ... dare oportere*, das der Gegner nicht abwehrt, macht die Forderung wenigstens „exekutionsreif“, da sich nach Ablauf der *dies iusti*[1]) die *l. a. per manus iniectionem* anschließen kann.

Von dieser Auffassung geleitet sieht sich Demelius[2]) genötigt, die Frage der Einlassung: ob sie für den Verklagten eine Pflicht sei oder nur ein Recht, gleichmäßig für alle Aktionen zu beantworten, ohne die dinglichen und die persönlichen (aus eigener Obligation) zu scheiden. Den Einlassungszwang, der unmittelbar darauf ausgeht, die Defensionshandlung hervorzutreiben, soll der älteste Prozeß überhaupt nicht gekannt haben.[3]) Und in der Tat mochte dem Kläger nichts erwünschter sein als das Ausbleiben der Verteidigung. Denn in diesem Fall war durch die Legisactio das verfolgte Recht sofort verwirklicht, sei es auch ohne rechtskräftige Feststellung.

Übrigens muß Demelius die gegensätzliche Behandlung der dinglichen und der persönlichen Klage auch dann in Abrede stellen, wenn man es vorzieht, den „Einlassungszwang“ im weiteren Sinne zu verstehen und ihn überall als gegeben anzunehmen, wo der Kläger mit der Verfolgung seines Rechtes trotz mangelnder Verteidigung das Ziel erreicht.[4]) Von diesem Gesichtspunkt betrachtet würde zwar

---

[1]) Jobbé-Duval, Études sur l'histoire de la procédure civile 1, 14f., der sich Demelius anschließt, verweigert dem untätigen Gegner selbst diese „Schonfrist“. — [2]) Conf. 49, 1. 79. 80. 116. — [3]) Zustimmend Brinz, Münch. Festg. f. Planck 163f. — [4]) Vgl. Wach, Grünhuts Ztschr. 7, 152 und A. Plósz, Beiträge z. Theorie des Klagerechts 153f., der treffend bemerkt: „der Zwang kann auch bestehen in der Realisierung der Folgen der Pflichterfüllung.“ Dazu Demelius a. O. 80.

schon die Legisactio, wenn sie Demelius' Schilderung entspräche, den Einlassungszwang aufweisen, jedoch bei der Actio *in rem* nicht weniger als bei der Actio *in personam*.

Die oben dargelegte Persekutionslehre ist m. W. bisher unwidersprochen geblieben; andrerseits hat es ihr an Beifall nicht gefehlt; in der französischen Wissenschaft ist sie sogar ziemlich allgemein anerkannt.[1]) Unter diesen Umständen scheint es mir unabweisbar, hier Stellung zu nehmen und den Widerspruch zu rechtfertigen, wenn auch nur mit ein paar kurzen Bemerkungen.

Die Quellen enthalten bekanntlich nirgends eine Äußerung über das allgemeine Wesen des *lege agere*.[2]) Gaius 4, 11 darf hier nicht mitzählen, da der Jurist nur die éine Wortbedeutung im Auge hat, die *legis actio* nämlich als Mittel der Rechtsverfolgung (als „Spruchformel"), während Demelius die Natur der ebenso benannten Rechtshandlung[3]) erschließen will, u. z. aus den Wirkungen, die sie hervorbringt.

Auf diesem Wege ist aber eine richtige und brauchbare Wesensbestimmung offenbar nur unter der Voraussetzung zu gewinnen, daß jene Wirkungen etwas gemeinsames enthalten, und daß dieses gemeinsame auch von entscheidender Wichtigkeit sei. Methodisch verfehlt wäre es ohne Zweifel, wenn man das Dasein eines solchen überall wiederkehrenden Merkmals ohne weiteres unterstellen wollte, bloß deshalb, weil alle an legitime Spruchformeln gebundenen Handlungen unter dem éinen Namen: *legis actiones* vereinigt sind. Diese Zusammenfassung erklärt sich ja vollkommen aus dem soeben gesagten.

Demnach dürfte eine Übereinstimmung im Wesen nur angenommen werden, wenn eine Prüfung der auf die einzelnen Legisaktionen bezüglichen Quellenaussagen etwas gemeinsames als vorhanden ergäbe. Demelius aber hat eine dahingehende Untersuchung gar nicht angestellt; ihm ist es vor allem darum zu tun, die in gewissen Grenzen schon

[1]) Die Anhänger sind oben S. 38 f. A. 4 und S. 66 A. 1 genannt. — [2]) Einige formellen Erfordernisse, die sich auf die meisten Legisaktionen beziehen, führt Gai. 4, 29 auf. — [3]) Über die streng zu sondernden Bedeutungen von *actio* s. Pauly-Wissowa, R. E. I, 303 ff.

durch die Zwölftafeln anerkannte Exekutivkraft der Confessio in möglichst natürlicher Weise zu erklären. Um dies zu erreichen, greift er zu der unerwiesenen Vorstellung, daß, mit Ausnahme der *iudicis postulatio*, jede Legisactio ihrem Wesen nach exekutive Persekution sei.

Aus den Quellen geschöpft ist diese Anschauung nur insofern, als man allerdings die *l. a. per manus iniectionem* und *per pignoris capionem*, um sie unserem Verständnis anzunähern, als Rechtsverfolgung im Weg der Vollstreckung bezeichnen kann. Was aber für die beiden einseitigen *modi agendi* richtig ist, das hat Demelius ohne Bedenken und ohne Begründung verallgemeinert und so die Wesenseinheit fast sämtlicher Legisaktionen hergestellt. Wie gewaltsam dabei die Überlieferung behandelt werden mußte, damit sie der neuen Lehre sich füge, das ist schon aus den obigen Ausführungen (S. 38 ff.) zu ersehen, die der Annahme einer einseitigen Vindikation entgegentreten.

Dort ist gezeigt, daß den Quellen zufolge die Vindikation nie etwas anderes ist als das erste Stück eines formalisierten zweiseitigen Verfahrens. Diese bestbekannte Spruchaktion muß aber als Muster dienen bei dem Versuche, den Bau der übrigen, zur Streitbegründung tauglichen Legisaktionen zu erforschen. Wie dort ausdrücklicher Widerspruch nötig war durch Kontravindizieren, so mußte hier dem *aio te mihi . . . dare oportere* ein ausdrückliches *negare* folgen (Prob. 4, 2), um eine wirksame Actio *in personam* herzustellen. Sind doch alle dem Rahmen des Verfahrens *sacramento, per iudicis postulationem* und *per condictionem* eingefügten Legisaktionen nichts anderes als Formen der Litiscontestatio: Sprüche also, denen sich, wie Festus (ep. 38. 57) lehrt, der von beiden Teilen ausgehende Zeugenaufruf nur als Anhang anschloß.[1])

Daneben ist freilich eine zweite Verwendung der meisten legitimen Spruchformeln nahezu gewiß. Der Streit mit dem Kläger war zu vermeiden, wenn die Gegenpartei sich dazu verstand, dessen Recht als begründet einzuräumen. Und so

---

[1]) Wider Demelius und andere vgl. Wlassak, Litiskontestation 79 ff.; dazu oben S. 42 A. 1.

ist auch das Dasein der auf geschuldetes Geld lautenden *confessio*[1]) durch ein Gesetz der Zwölftafeln (3, 1) besonders beglaubigt.[2]) Dagegen erfahren wir nichts über die Beschaffenheit dieses Anerkenntnisses. Nur der überlieferte Name und die Berichte über die Injurezessio gestatten es, Wahrscheinlichkeitsschlüsse zu ziehen. Wie der Zession die feierliche Eigentumsbehauptung voraufgehen mußte, so hatte sicher auch der Gläubiger seine Forderung in der passenden Spruchform geltend zu machen. Unter dem Anerkenntnis aber haben wir nach dem unverkennbaren Wortsinn des *con-fiteri* ohne Zweifel ein „mit-reden"[3]) der angesprochenen Partei zu verstehen.

Mit diesen wenigen Sätzen dürfte alles erschöpft sein, was sich bei unbefangener Würdigung der Quellen im allgemeinen über die Verwendung der in Frage stehenden (privatrechtlichen) Legisaktionen sagen läßt. Entweder dienen sie zur Streitbegründung oder zu friedlicher Auseinandersetzung; in beiden Fällen aber ist — um von der Mitwirkung des Beamten abzusehen — die Legisactio *in rem* wie *in personam* erst vollendet und somit erst wirksam, sobald sich der Handlung der einen Partei das vereinbarte und vorgeschriebene Verhalten[4]) der anderen — meist wieder ein Spruch — zugesellt hat.

Wenn G. Demelius die zweiseitigen Legisaktionen zerschlägt, um aus der einen Hälfte eine „Rechtspersekution" der allein tätigen Partei zu bilden, wenn er keinerlei Ein-

[1]) Nur diese hatte Exekutivkraft; dagegen möchte ich feststellende Wirkung (Demelius leugnet sie überhaupt) auch der Confessio, die sich auf Leistung einer *alia certa res* bezog, zuschreiben. Beiläufig: die Sentenz des *arbiter liti aestimandae* ist ein vollstreckbares Urteil (Zweifel hat Bekker, Aktionen 1, 85f.); doch hat man es wohl gerne vermieden, sie „Judicat" zu nennen. — [2]) [Schloßmann, Schuldrecht 129ff.; Nexum 45ff. (1904) versteht entgegen den einzigen, keineswegs unklaren Berichten, die wir über das Gesetz haben (Gell. 15, 13, 11 und Sex. Caec. bei Gell. 20, 1, 42) die Worte *aes confessum* = *nexum aes* bei Fest. p. 165. Vgl. übrigens Degenkolb, Einlassungszwang 269 f.] — [3]) Vanicek, Etymol. Wörterbuch der lat. Sprache.² 180. 288. Giffard a. O. 25 und Demelius selbst Conf. 85. — [4]) Auch das *tacere* des Zedenten bei Gai. 2, 24 ist, wie die (Demelius, Conf. 41 noch unbekannten) Sinai-Scholien zu Ulp. 18, 49 zeigen, ein *lege agere*; vgl. Mitteis, Ztschr. f. R.-G. R. A. 34, 103.

verständnis *(pati)* des anderen Teils zur „Persekution" verlangt, sondern ihr Wirkung beilegt ohne alle Rücksicht auf das Verhalten des anwesenden, nicht defendierenden Gegners, wenn er dann in dem Unterbleiben der Verteidigung die „*confessio*" des Zwölftafelrechts erblickt und endlich der einseitigen Legisactio allgemein Executivkraft zuschreibt, so sind das Aufstellungen, die sich mit der Überlieferung sehr schlecht vertragen und jedenfalls in ihr nicht die geringste Stütze haben.

Unbezeugt ist vor allem die einseitige *l. a. in rem* und *in personam;* diese Annahme aber steht mit der zweifellos verfehlten Begriffsbestimmung der alten Confessio im engsten Zusammenhang. Um für die behauptete Executivkraft der „Persekution" einen Anhalt in den Quellen zu finden, macht Demelius frischweg jeden Verklagten, der nicht defendiert, zum *confessus*[1]) und verweist[2]) dann auf den Satz *confessus pro iudicato est*, dessen Uralter und Geltung in der Ausdehnung, die der Wortlaut anzeigt, keines Beweises bedürfen soll. Allein die Zwölftafeln lassen bekanntlich die Vollstreckung lediglich im Falle des *aes confessum* zu, nicht darüber hinaus; dagegen erklärt die bekämpfte Lehre: jedes *lege agere,* was immer der Gegenstand sein mag, sei Rechtsverwirklichung, sofern es durch Defensio nicht gehemmt ist.

Merkwürdig genug, daß solchem Wagnis gegenüber die Kritik völlig versagte. Allerdings ist die Kühnheit des Aufbaus auf unzureichender Grundlage durch die Art der Darstellung stark verdeckt. Und auch das war vielleicht bestimmend für die günstige Aufnahme der neuen Lehre, daß Demelius so großes Gewicht legt auf die oft[3]) wiederholte

---

[1]) Mit Unrecht beruft sich Demelius, Conf. 84f. auf die L. Rubria c. 21. Denn das Gesetz trennt nicht bloß die Tatbestände des *confiteri* und des *se non defendere*; es schränkt auch die rechtliche Gleichstellung des *confessus* und des *indefensus* ein auf den einzigen Fall des *petere pecuniam certam*. Auch dieser singuläre Satz der L. Rubria ist wahrscheinlich jüngeres (und honorarisches) Recht, da die Zwölftafeln neben dem Judikat nur das *aes confessum* nennen. — [2]) Conf. 64. Aus der „Beseitigung des Widerspruchsrechts des Belangten" leitet Demelius für den Aktor nur das „Recht auf Exekution" ab, nicht die Feststellung des anerkannten: vgl. a. O. 49. 86ff. — [3]) Conf. 41. 45.

Antithese: die Legisactio sei Rechtsdurchsetzung, sie sei nicht „Bitte um gerichtliche Abhülfe“ oder „um Urteil“. Die Richtigkeit dieser Verneinung erschien wohl durchaus einleuchtend, und gerade hiedurch mochte die Annahme der entgegengesetzten Auffassung wirksam empfohlen sein.

Indes erweist sich bei näherem Zusehen die bezüglich der Legisactio allgemein gestellte Frage, ob sie Bitte um Urteil oder besser [1]): Bitte um ein Spruchgericht sei, überhaupt als unzulässig. Demelius scheint mir hier durch ungehöriges Zusammenfassen des ungleichartigen ebenso zu fehlen wie bei der Aufrichtung der Persekutionslehre. Wir wissen schon: jede gerichtliche Legisactio, d. h. jeder an's Jus und an den Gebrauch legitimer Spruchformeln gebundene Vorgang setzt mehrere Sprüche, zuweilen noch andere Handlungen voraus, um ein Ganzes von rechtlicher Wirksamkeit zu bilden. Der Zweck der Gesamtaktion ist bei der *manus iniectio* Zwangsvollstreckung, sonst aber Prozeßbegründung oder ein anderer im Frieden erreichbarer Rechtserfolg. Die Legisaktionen der letzteren Art: *cessio* und *confessio* enthalten zweifellos gar nichts, worin man ein Ersuchen um Gerichtshülfe finden könnte. Übrigens ist das eine Wahrheit, die kaum jemals verkannt wurde. Dagegen muß jedem *modus agendi,* der Prozeßbegründung bezielt, auch dem Sakraments- und Kondiktionsverfahren, ein Spruch angehört haben, mittels dessen Zulassung oder Bestätigung der Richterbestellung vom Beamten verlangt wurde, also eine Art *iudicis postulatio,* in der verhüllt schon die Bitte um Urteil steckt. Und dies ist auch für den Sakramentsprozeß *in rem* besonders bezeugt durch eine Nachricht, die wahrscheinlich auf Gaius zurückgeht.[2]) Demelius [3]) aber ist wie

---

47. 48. 87. Neuestens (1903) hat sich Hölder, Jherings dogmat. Jahrb. 46, 276 ohne Vorbehalt Demelius angeschlossen.

[1]) „Bitte um Urteil“ kann die Legisactio schon deshalb nicht sein, weil sie vor dem Magistrat vor sich geht, und dieser zum Judizieren nicht berufen ist. Daher denkt wohl Demelius nur an eine mittelbar in der Bitte um das Spruchgericht enthaltene Bitte um Urteil. — [2]) S. oben S. 9 A. 4. — [3]) Auf Prob. 4, 3: *quando neque ais neque negas* beruft sich Demelius nicht. Dagegen haben andere, so Bekker, Aktionen 1, 38f., Karlowa, Legisaktionen 112f. 125, Wach,

zu seiner Anschauung vom Wesen der Legisactio so zur Ableugnung der in ihr zuweilen enthaltenen Urteilsbitte dadurch gelangt, daß er sich für befugt hielt, die als Bestandteile von zusammengesetzten Rechtsakten überlieferten Sprüche aus dem Zusammenhang zu lösen, daß er sie dann mit selbständiger Rechtswirkung ausstattete, und daß er endlich seiner Untersuchung lediglich die im Wortlaut erhaltenen Formeln zugrunde legte.

Grünhuts Ztschr. 7, 149 und bei Keller, Zivilpr.[6] § 14, 206 aus Probus l. c. die rechtliche Gleichstellung des *indefensus* (Karlowa anscheinend nur bei Ansprüchen auf *certa pecunia*) mit dem geständigen oder verurteilten abgeleitet. Sehr mit Unrecht; denn es ist weder zu erraten, was auf die überlieferten Worte folgte, noch ob sie selbst vom Prätor oder von einer Partei gesprochen wurden, noch wohin sie gehören, ob in eine privat- oder öffentlich-rechtliche Legisactio, und wo sie einzuordnen wären, wenn sie ein Stück sein sollten aus einem der fünf Gaianischen *modi*. Unbegründet ist es insbesondere, sie gerade der *l. a. in personam* zuzuweisen, weil zwei dahingehörige Formeln voraufgehen. Das lehrt ein Blick auf den Abschnitt: *in legis actionibus*. Aus den Sprüchen des Vindikationsverfahrens sind n. 4 und n. 6 genommen; dazwischen aber steht als n. 5 ein strafrechtlicher; mithin läßt die Aufeinanderfolge bei Probus keine Schlüsse zu. So urteilt auch Demelius, Conf. 84 und bezeichnet daher die Frage der Zugehörigkeit als „ganz offen“. Eine Beziehung, die man den Probusworten geben könnte, ist oben S. 33 A. 2 angedeutet; doch wäre es auch möglich, sie mit dem Spruche: *quod tu mihi iudicatus es .... non solvisti* (Gai. 4, 21) in Verbindung zu setzen oder mit der *manus iniectio pura* oder mit einem strafrechtlichen Verfahren *per legis actionem*. — Nicht minder unbeweisend als Prob. l. c. sind die anderen Stellen, die man als Belege für den Satz: „mangelnde Defension wirkt Sachfälligkeit“ anzuführen pflegt. Augenscheinlich verfehlt ist die Hinweisung auf Paul. D. 50, 17, 142; zu Gai. 2, 24 (1, 134) s. oben S. 38 u. A. 2, auch S. 69 A. 4; zur L. Rubr. c. 21 S. 70 A. 1. Die sogenannte Donatusglosse zu Terent. Eunuch. 3, 2, 23 (= 476) kann nur zusammen mit dem Terenztexte gewürdigt werden. Darnach ist es aber sehr zweifelhaft, ob sie überhaupt auf etwas juristisches anspielen will. Und welchen Rechtsgang hat denn ein Grammatiker des 4. Jh. p. C. im Auge? Sicher nicht die alte Legisactio. Auch sagt die Glosse nur: *taciturnitas confessionis genus est;* hinzutreten müßte noch der Beweis, daß der *confessus* allgemein als „sachfällig“ gilt. Endlich der Scholiast der Verrinen 1, 2, 5 p. 128 Or. (p. 123 ist Druckfehler) spricht nicht vom privaten, sondern vom Repetundenprozeß; über die Unzuverlässigkeit seiner Angabe s. G. Geib, Kriminalprozeß 274f., Mommsen, Strafrecht 387, 3.

XII.

Der urzeitliche Gegensatz der *Actio in rem* und *in personam*. — Umbildungen der *Actio in rem*. — Die Kontumaz im dinglichen Prozesse. — Die Form des Verfahrens beim Ausbleiben der Sachverteidigung.

Ist die Auffassung entschieden abzuweisen, die in der Legisactio allgemein eine Rechtsverwirklichung findet, so fällt auch die bloß aus ihr entwickelte Lehre zusammen, daß Actio *in rem* und A. *in personam* einstmal im Punkte der Einlassung gleich behandelt wurden. Der stärkste Grund für die Ursprünglichkeit des Gegensatzes der dinglichen und der persönlichen Prozesse ist oben schon geltend gemacht. Es ist schlechterdings nicht einzusehen, in welchem Zusammenhang das vermeintlich neue[1]) Recht der Einlassung mit dem Wechsel der Formen für die Streitbegründung stehen soll.

Weitere Erwägungen, die meine Ansicht unterstützen, sollen hier nur kurz angedeutet werden. Vor allem sind die beiden Ausdrücke *agere in rem* und *in personam* zu beachten, die[2]) ohne Zweifel zurückreichen in die Epoche der vorherrschenden Legisactio. Der erstere zeigt uns die Aktion als gerichtet wider die Sache (*in rem*), und die Entgegensetzung des *agere in personam* beweist nicht minder deutlich als der Inhalt der Sprüche, daß der Vindikant vom Gegner keinerlei Leistung begehrt. Dieser Umstand aber macht den Mangel der Einlassungspflicht sehr begreiflich.

Wenn A vor dem Prätor die Absicht kundgibt, die Sache x zu vindizieren, und B durch Schweigen oder durch besondere Äußerung die Vornahme der Konträraktion ab-

---

[1]) Demelius' Äußerung Conf. 116: „es gebe auch im neueren Verfahren keinen Einlassungszwang" darf nicht irreführen. Sie steht mit dem, was D. selbst für die Zeit des Formelprozesses lehrt, im Widerspruch. Man vgl. Conf. 117. 154f. 329f. D. kennt also das „*cogere ad iudicium accipiendum*" und bezieht es richtig auf die Prozesse mit *A. in personam* und nur auf diese. — [2]) Nicht auch das Substantiv *actio*, das erst beim A. ad Her. nachweisbar ist; s. M. Hölzl, Bedeutung und Gebrauch des Wortes *actio* 43 (Gymnasialprogr. Dresden-Neustadt 1894), Thesaurus l. l. I, 438.

lehnt, so genügt es völlig, wenn der Magistrat den B bei seiner Erklärung, die ein Preisgeben der Sache einschließt, wirksam festhält.[1]) Hiedurch ist die bevorstehende Aktion gegen die Sache zwecklos geworden, während ein Zwang wider den Gegner zum Kontravindizieren und damit zur Begründung des Eigentumsstreits sich nur rechtfertigen ließe durch die Annahme einer Art Bürgerpflicht des Inhalts: dem A, der sich ein absolutes Recht zuschreibt, behülflich zu sein bei der Feststellung dieses Rechts im Weg des Prozesses. Daß die Römer von alters von solcher Bürgerpflicht nichts[2]) wissen wollten, und daß sie noch in spätester Zeit dem anwesenden Gegner die Ablehnung der Actio *in rem* gestatten, darüber wird man sich gewiß nicht wundern dürfen.

Dagegen war — vor der Anerkennung des Kontumazialverfahrens — bei der Actio *in personam* die Nötigung zum Eintritt in den Prozeß überall unentbehrlich. Wenn A von B eine, in dessen eigener Person begründete[3]), Leistung verlangt, konnte die Rechtsordnung dem B die Einlassung keinesfalls freigeben, mochte er die Klage auch mit bestem Grund abwehren, weil gerechter Erfüllungszwang nur denkbar ist nach gerichtlicher Feststellung der Leistungspflicht, und ohne jenen Zwang die Obligation ein kraftloses, unbrauchbares Gebilde wäre.

Die große Mehrheit der neueren Gelehrten, so Hollweg, Karlowa, Bechmann, Jörs u. a.[4]) werfen die Frage der Einlassungspflicht bei dinglichen Klagen nicht besonders auf,

---

[1]) Nicht an die Vindikation (die nur beabsichtigt war) knüpft das Amtsrecht die Restitutionspflicht an, sondern an die Verweigerung der Sachverteidigung. Beweis: der Wortlaut der Interdikte: *quem fundum ... vindicare vult, ... si rem nolis defendere ... restituas.* Fr. Vat. 92. Lenel, Edictum § 248. — [2]) Den neueren ist die große Tragweite dieses Grundsatzes entgangen. Noch immer gilt der „dingliche“ Anspruch für römisch und die „echte“, auf A. *in rem* bezügliche Confessio für etwas selbstverständliches. Auch das Rätsel der notwendigen Contravindicatio harrt noch der Lösung. — [3]) Eigenartige Fälle ergeben sich, wo die Verpflichtung ihre Wurzel hat in der Person eines anderen, eines Sklaven oder einer Sache in unserem Sinne. — [4]) Die Nachweisungen aus der Literatur s. oben S. 38f. A. 3 und 4 und S. 40 A. 1.

stellen aber, wie oben (S. 38) schon bemerkt ist, den Gegner des Vindikanten[1]), der es unterläßt, die Sache zu verteidigen, rechtlich dem in Jure Zedierenden vollkommen gleich. Die *res indefensa* sei also dem Kläger seiner Eigentumsbehauptung entsprechend vom Magistrat addiziert worden.

Um die Unhaltbarkeit dieser durch keinen Beleg gestützten Lehre darzutun, waren weitausgreifende Erörterungen nötig über die Grundlagen des römischen Prozeßrechts. Durch diese scheint mir die gegnerische Ansicht ausreichend widerlegt. Doch möchte ich zum Schlusse und zur Bekräftigung des gesagten noch hinweisen auf den Entwicklungsgang des Prozeßrechts, wie er sich darstellt nach der bekämpften Lehre und wie nach der hier vertretenen.

Wurde die unverteidigte Sache der angreifenden Partei zu Eigentum überlassen, so bedeutet das ohne Zweifel die Aufstellung einer Defensionspflicht durch das Recht der Urzeit für den mit dinglicher Klage angesprochenen. Allerdings zielt dieser Zwang nicht dahin, die unterlassene Verteidigung doch noch herbeizuführen; allein man darf andrerseits gewiß nicht sagen, der mit Actio *in rem* verfolgte habe freie Wahl gehabt, da ja die Rechtsordnung das *rem non defendere* mit der ungünstigsten Folge verbindet, die den Verklagten im Fall der übernommenen Defension etwa treffen könnte. Also zwar nur mittelbarer Zwang, dieser aber in der Wirkung stärker und zuverlässiger als es der unmittelbare sein könnte.[2])

Zu der so für die älteste Zeit ersonnenen Ordnung steht das durch die Quellen der klassischen Epoche unanfechtbar beglaubigte Recht im schärfsten Gegensatz. Obwohl Einlassungswillkür und Einlassungszwang nichts zu schaffen haben mit der Form der Prozeßbegründung, obwohl beide Grundsätze gleich gut mit der geschriebenen wie mit der gesprochenen Formel verträglich sind, soll doch die Aebutische Reform den Umsturz der alten Einlassungsordnung bewirkt haben. Dem Verklagten droht jetzt nicht wie früher die Anerkennung des Gegners als Eigentümer; vielmehr ist die Entscheidung über die Defension seiner Willkür anheim-

---

[1]) Genauer: dessen, der vindizieren will. — [2]) Vgl. hiezu oben S. 66 A. 4.

gegeben. Zwar verliert er auf Grund der Erklärung, die Sache nicht zu verteidigen, den Besitz; doch nur dann, wenn der Kläger zur Satisdation bereit ist.[1]) Und die Eigentumsfrage wird durch die Translation des Besitzes gar nicht berührt: der ehemalige Besitzer kann seinerseits vindizieren, ohne eine Einrede wegen früher unterlassener Defension fürchten zu müssen.

Klar ist es auf den ersten Blick, daß die Anwendung dieser — wie man behauptet — neuen Regeln in der Zeit des fakultativen Formelprozesses, zwischen der Aebutischen und Julischen Gerichtsordnung[2]), nicht davon abhängen konnte, ob der Kläger zur Verfolgung seines dinglichen Rechts eine Spruch- oder eine Schriftformel ediert hatte. Auch war ja mit der ersten vorbereitenden Edition[3]) die Frage noch nicht entschieden, ob es demnächst zur Litiscontestatio kommen wird mit einer Legisactio oder mit einer Streiturkunde. Dagegen mußte vorher schon feststehen, welche Folgen eine Verweigerung der Prozeßannahme haben sollte. Zweierlei Recht, und zwar gegensätzlichen Inhalts, konnte natürlich gleichzeitig nicht in Geltung stehen. Soll also die Einlassungsfreiheit bei der Actio *in rem* zusammen mit der Aebutischen Reform eingeführt sein, so müßte man sich den Zwang fortan auch in den Fällen beseitigt denken, wo die Absicht bestand, den Streit mittels Legisactio zu befestigen.

Noch deutlicher aber erhellt die völlige Unwahrscheinlichkeit der gegnerischen Lehre, wenn man folgendes erwägt. In zeitlichem[4]) Zusammenhang mit der Einführung der Schriftformel steht eine durch das Aufkommen des Besitzschutzes veranlaßte wichtige Umbildung des dinglichen Prozesses. Schon die Actio *in rem per sponsionem* ist, anders als die Vindicatio *sacramento*, eine Klage gegen den Besitzer. Darin aber stimmt sie noch überein mit dem alten Legalrecht, daß sie dem Eigentumsstreit das Gepräge

[1]) S. oben S. 63f. — [2]) S. Wlassak, Prozeßgesetze I Kap. 2 und in Grünhuts Ztschr. 19, 729ff. — [3]) Diese Edition versucht Rich. Schott, Das Gewähren des Rechtsschutzes 34ff. (1903) zugunsten der endgültigen bei der Streitbefestigung wegzudeuten; m. E. ohne Erfolg. — [4]) Nicht auch im ursächlichen; s. oben S. 57 A. 1.

eines reinen Feststellungsprozesses[1]) wahrt. Das Urteil des Sponsionsrichters, mag es auch der Form nach[2]) *sestertios XXV nummos* zu- oder absprechen, bejaht oder verneint noch keinerlei Anspruch des Eigentumsklägers. Wie im Sakramentsverfahren, so erwächst auch hier eine Forderung für den Sieger nicht aus der Sentenz über das Eigentum, sondern nur aus der begleitenden Kaution, in die als Bedingung der Sieg im Sponsionsstreit aufgenommen ist.

Wesentlich abweichend aber von den beiden älteren Gestaltungen der Actio *in rem* ist das Verfahren *per formulam petitoriam*. Schon der Name[3]) sagt es vernehmlich genug, daß der Eigentumskläger neuesten Stils etwas vom Gegner „begehrt" *(petit)*, daß er einen „Anspruch" gegen ihn erhebt auf das in Geld abzuschätzende *quanti ea res erit* und mittelbar auch auf Sachrestitution, da der Geldersatz nur gefordert wird, *si ea res arbitratu iudicis non restituetur*.

Mithin bedeutet die Aufstellung der petitorischen Formel den Bruch mit der reinen Dinglichkeit des alten Sachenrechtsprozesses. So weit auch die klassische Zeit noch entfernt ist von der Anerkennung eines vor dem Rechtsstreit begründeten dinglichen Anspruchs, so nähert sich doch im Formelverfahren die Vindikation der Sache und der Erbschaft insofern dem Prozeß um Schuld, als jetzt die Streitbefestigung mit sachenrechtlichen Formeln eine Prozeßobligation gleichen Inhalts erzeugt wie im Fall der Actio *in personam:* gerichtet auf *condemnari oportere* oder *debere*,

---

[1]) Dieser Ausdruck und Begriff bleibt unentbehrlich, mag man immerhin mit A. S. Schultze das kondemnatorische Urteil als Feststellung einer Forderung ansehen und den „Urteilsbefehl" ablehnen. Vgl. neuestens (1903) auch W. Kisch in der Straßburger Festschrift f. A. S. Schultze 221 ff. zu § 257—259 RZPO. v. 1898 (= Kisch, Beiträge z. Urteilslehre 20 ff.). — [2]) Gai. 4, 94: *Non tamen haec summa sponsionis exigitur. ... et propter hoc solum fit ut per eam de re iudicetur.* Übrigens ist es nicht ausgeschlossen, daß der Spruch des Sponsionsrichters — etwa in einem begründenden Satze — auch die Eigentumsfrage ausdrücklich beantwortete. — [3]) S. Wlassak, Z. Geschichte d. Cognitur 3. Unsere Schriftsteller reden freilich heute noch, geradeso wie Keller, von einer *hereditatis petitio* des Legisaktionenprozesses, z. B. Karlowa, Rechtsgeschichte 2, 911 f. Ubbelohde-Glück, Pand. B. 43. 44, V, 644 f. Für römische Ohren eine schlimme Barbarei.

wodurch wieder der Grund gelegt ist zu einer Judikatsforderung für den siegenden Kläger.

Nun soll aber die Actio *in rem* zur selben Zeit, wo sie eine Umwandelung nach dem Muster des persönlichen Prozesses erfuhr, ohne ersichtliche Ursache betreffs der Einlassung in einen Gegensatz zur Actio *in personam* getreten sein, der bis dahin nicht vorhanden war. Diese überraschende Abkehr vom vermeintlich urrechtlichen Zwang im Verfahren *per formulam petitoriam* ist um so weniger zu begreifen, als das Recht der Kaiserzeit eine Entwickelung aufweist, die statt auf Abschwächung vielmehr auf Stärkung des prozessualischen Zwanges ausgeht.

Nach der schon in der klassischen Epoche[1]) für die *cognitio extra ordinem* geltenden Ordnung kann der Beamte auf Grund einseitiger Prüfung der Sache ein Urteil sprechen, wenn der Verklagte trotz obrigkeitlicher Ladung es beharrlich versäumt, seiner Folgepflicht zu genügen. Natürlich entzieht sich der Geladene, der im Gerichtstermin ausbleibt, damit auch der Einlassung in den Prozeß; doch trifft ihn nicht um deswillen der Kontumazialnachteil des ohne Gehör gefällten Urteils, sondern lediglich wegen Verletzung der Folgepflicht. Hiernach war ein Ungehorsamsverfahren möglich gemacht auch für Rechtssachen, bei denen der Zwang zur Einlassung fehlt, während andrerseits die Einlassungsfreiheit bei der Actio *in rem* aufrecht bleiben konnte trotz der schon durch eine Verordnung Diocletians[2]) bezeugten Erstreckung des Kontumazialprozesses auf dingliche Klagen.[3])

So zeigt also das Recht der Kaiserzeit unverkennbar

---

[1]) S. Kipp in d. Hallischen Festgabe f. Windscheid (1888) 95 ff. — [2]) C. I. 7, 43, 8 in f., dazu O. E. Hartmann, Röm. Kontumazialverfahren 202 ff. Bethmann-Hollweg, Zivilprozeß 3, 306 f. Kipp in Pauly-Wissowa, R. E. IV, 1169 f. — [3]) Der Einblick in diese Dinge ist durch Verwechselung der Einlassungs- und der Folgepflicht getrübt; s. oben S. 63 f. A. 3, dazu Wach, Grünhuts Ztschr. 7, 149. Wetzell, Zivilprozeß [3] 613 leugnet sogar trotz C. I. 7, 43, 8 die Zulässigkeit des Kontumazialurteils bei dinglichen Klagen, weil „sich der Beklagte nicht einzulassen braucht"; vgl. aber Ulp. D. 5, 1, 5, Paul. D. 2, 5, 2 pr. (Wetzell a. O. 478, 23 will einschränkend auslegen), Ulp. D. 42, 4, 7, 16 ff. Zu Paul. D. 2, 1, 20 s. Wlassak, Prozeßgesetze 2, 262.

die Neigung, die Gerichtsgewalt zu steigern, um bei den mit Privatklage verfolgten den Widerstand gegen die Begründung zweiseitiger Prozesse zu brechen. Niemals aber ist selbst die Gesetzgebung der absoluten Monarchie dazu gelangt, die der Actio *in rem* gegenüber unverteidigte Sache dem Kläger als Eigentum zuzuweisen. Ja die Regel: *in rem actionem pati non compellimur* ist, genau genommen, bis in die späteste Zeit unangetastet geblieben; denn das einseitige Kontumazialverfahren hat zur Grundlage lediglich die Folgepflicht und deren Verletzung.

Wie seltsam und unverständlich wäre aber die geschichtliche Entwickelung des Einlassungsrechtes bei dinglichen Klagen, wenn wir der Ansicht der Gegner beitreten müßten! Ihrer Lehre zufolge: ursprünglich schärfster Zwang; dann mit dem Eintritt der Schriftformel und trotz gleichzeitiger Annäherung des dinglichen an den persönlichen Prozeß Aufhebung des Zwangs; endlich nach dem Untergang des Formelverfahrens nicht Rückkehr zum alten Recht, sondern grundsätzlich Wahrung der Einlassungsfreiheit, jedoch tatsächlich beschränkt auf den im Termin anwesenden Beklagten, während der auf die Ladungen hin ausgebliebene dem Kontumazurteil unterliegt.

Wenn sich in dieser Darstellung éin Stück schlecht zum anderen fügt, und so das Ganze durchaus nicht stimmen will, muß der Fehler begreiflich da gesucht werden, wo es die neuere Wissenschaft unternommen hat, die lückenhafte Überlieferung zu ergänzen. Und in der Tat schwindet sofort das unerklärliche der aufgestellten Entwickelungsreihe, wenn wir aus ihr das erste, unechte Glied herausnehmen und es ersetzen durch das, was nach unseren Erörterungen als richtig erscheint. Darnach ist aber als Ausgangspunkt der Entwickelung die Einlassungsfreiheit bei der Actio *in rem* zu betrachten. Gerade in der ältesten Zeit ist der Gegensatz des dinglichen und des persönlichen Prozesses am schärfsten ausgeprägt, der Mangel jedes Zwangs am besten zu verstehen bei einer Rechtsverfolgung, die sich gegen die Sache kehrt, nicht gegen die Person. Als dann die Streiturkunde in Gebrauch kam und mit ihr für den dinglichen Rechtsgang die *formula petitoria,* blieb der alte

Grundsatz völlig unberührt, obwohl durch jene Formel der Keim gelegt war für eine Entwickelung, die zur Beseitigung des prozessualischen Sonderrechts der dinglichen Klage hätte führen können. Und so ist denn wirklich in der klassischen und besonders in der Spätzeit die vorlängst angebahnte Ausgleichung zwischen der Actio *in rem* und *in personam* unverkennbar gefördert worden.[1] Wenn sie trotzdem nicht zum Abschluß gelangte, so erklärt sich das hauptsächlich aus dem zähen Festhalten an der Einlassungsfreiheit für den sachenrechtlichen Prozeß. War auch die der Urzeit entstammende Ordnung unter den Kaisern nicht mehr kräftig genug, die Ausdehnung des Kontumazialverfahrens auf dingliche Rechtssachen zu hindern, so ist doch der Grundsatz der zwangslosen Einlassung bei den *Actiones in rem* noch in Justinians Gesetzbuch aufgenommen, und demzufolge auch der heute sogenannte „dingliche Anspruch" kein[2] Gebilde römischen Rechts.

Gestützt auf die im vorstehenden dargelegten Gründe darf ich wohl die von der neueren Wissenschaft fast einstimmig gebilligte Addictio des Eigentums der *res indefensa* entschieden zurückweisen. Beglaubigt ist diese vermeintlich urzeitliche Behandlung der unverteidigten Sache weder für die älteste noch für irgend eine folgende Epoche. Dagegen decken sich die Regeln, die wir dem Legisaktionen-

[1]) Vgl. Bekker, Aktionen 1, 218ff. Wlassak in Pauly-Wissowa, R. E. I, 314f. 308, dazu aus der nachklassischen Epoche u. a. Hon.-Theod. C. I. 7, 39, 3, Justinian C. I. 4, 31, 14 pr. und 4, 34, 11 pr. Wenn übrigens einmal in den I. 4, 13, 5 (vgl. Gai. 4, 106) anscheinend auch das aus der Verletzung dinglicher Rechte entstehende Verhältnis *obligatio* genannt wird, so ist das sicher nur auf einen Fehlgriff im Ausdruck zurückzuführen. Schon Theophilus setzt berichtigend statt *obligatio αἱ ἀγωγαί*, und Justinians Inst. selbst sagen bekanntlich 4, 6, 1 (nach Ferrini, Bulletino dell'istit. di dir. R. XIII, 191: aus Gaius R. C.), übereinstimmend mit Ulp. D. 44, 7, 25 pr., vom Kläger, der eine A. *in rem* gebraucht: *cum eo agit, qui nullo iure ei obligatus est.* — [2]) S. Wlassak in Pauly-Wissowa, R. E. I, 314f. Entgegengesetzt neuerdings H. H. Pflüger, Arch. f. ziv. Pr. 79, 408. 410, R. Leonhard, Institutionen 460ff. Wer der Litiskontestation auch im Prozesse mit A. *in rem* „konsumierende" Wirkung zuschreibt, statt sich mit dem Ausschluß einer zweiten Streitbefestigung *de eadem re* zu begnügen, bejaht notwendig für das römische Recht die Annahme des „dinglichen Anspruchs".

verfahren zuschreiben, genau mit der durch die klassischen Quellen überlieferten Ordnung. Diese selbst ist aufs sicherste bezeugt; nur ob ihre Geltung zurückreiche in eine frühere Periode, darüber fehlen uns Nachrichten. Daher konnten die obigen Erörterungen beschränkt werden auf die Zeitfrage; war diese bejaht, so war damit schon das Urrecht der *res indefensa* genügend bestimmt.

In der Literatur ist m. W. die hier angenommene Ansicht kaum vertreten. Gelegentlich hat allerdings Ubbelohde [1]) sich dahin geäußert, bei ausbleibender Contravindicatio sei der Inhaber der Sache vom Beamten genötigt worden, den Besitz dem Gegner einzuräumen; doch leitet er diese Behandlung der unverteidigten Sache lediglich aus der einstigen Schutzlosigkeit des Besitzes ab. Sodann ist G. Demelius [2]) zu nennen, der sich ebenfalls gegen den Eigentumszuspruch erklärt; indessen gelangt er zu diesem Ergebnis von Erwägungen ausgehend, die ich insgesamt für unhaltbar erachte, und die zum Teil schon in der vorliegenden Schrift abgewiesen sind.

Um kurz zu wiederholen: Für Demelius ist der Belangte, der nicht kontravindiziert, gleichviel wie er sich sonst verhalten mag, ein *confessus*. Freilich soll diese seltsame [3]) Confessio ohne feststellende Kraft sein, sie soll also die Frage des Eigentums unberührt lassen; doch rufe sie immerhin eine Addictio des Beamten hervor, die aber nur zu bezeichnen sei als „Einantwortung in den Besitz des Klägers“ oder als Zusicherung amtlichen Schutzes bei der Besitznahme durch die angreifende Partei.

Es scheint mir nicht nötig, diese Aufstellungen hier der Reihe nach zu prüfen, um ihre Anfechtbarkeit darzutun. Es genügt wohl darauf hinzuweisen, daß die Quellen die Addictio als Anhängsel der Legisactio nur im Sinn einer amtlichen Bestätigung der ihr vorausgehenden Parteisprüche kennen, daß demzufolge der Addiktion als solcher überhaupt kein von der Voraktion unabhängiger Inhalt zukommt [4]), und daß sie insbesondere als selbständiger exekutiver Bescheid

[1]) In Glücks Pand. B. 43. 44, V, 633. 644. — [2]) Confessio 65. 78 f. 88 f. 94 f. 96; Grünhuts Ztschr. 11, 744. — [3]) Vgl. oben S. 38 A. 4. — [4]) Dazu das S. 28 A. 1 gesagte.

nicht bezeugt ist. Dies alles ist weiter oben auf S. 11 f., 25 ff., 34 ff., 36 f. genauer dargelegt und an einer früheren Stelle (S. 65 ff.) ist auch schon Widerspruch erhoben gegen die einseitige „Rechtspersekution“ in der Form der Legisactio und namentlich (S. 39 ff.) gegen die Annahme einer einseitigen Vindicatio. Demelius aber geht, wenn er von der Addiktion der unverteidigten Sache spricht, ohne Zweifel von der Voraussetzung aus, daß der Kläger trotz des gegnerischen *non pati* seine Vindikation vollzogen habe. Sobald jedoch diese Meinung für unrichtig erkannt ist, muß auch die behauptete Addictio als beseitigt gelten, da sich Demelius sicher mit der herrschenden Lehre die *tria verba* des Magistrats an eine Legisactio der Parteien gebunden denkt. Wo die letztere entfällt, ist auch das solenne *fari* des Prätors ausgeschlossen.

Nun wäre es freilich möglich, sich im Falle der *res indefensa* ein nichtlegitimes, also amtsrechtliches Verfahren vorzustellen, bei dem doch vorgeschriebene Worte zwischen dem Kläger und dem Beamten gewechselt wurden. Daran ließe sich weiter die Frage knüpfen, ob nicht etwa der Magistrat den vom Kläger gestellten Antrag, ihn zur Besitznahme der Sache zu ermächtigen, mit einem Spruche bewilligt habe, der das Kernwort *addico* enthielt?

Dieser Einwurf läßt sich beantworten mit einer kurzen Bemerkung. Ein nichtlegitimes Gerichtsverfahren ist allerdings auch für die älteste Zeit anzunehmen; welche Gestalt es aber hatte, das entzieht sich in weitem Umfang unserer Kenntnis. Für unvorsichtig würde ich es halten, die obige Frage damit abzuweisen, daß der Formalismus niemals die Grenzen des von der Lex beherrschten Gebietes überschritten habe.[1]) Die zahlreichen, heute noch erhaltenen Interdikte sind ja nichts anderes als Formulare für die Einleitung eines in seinem ersten Teil niemals legalisierten Verfahrens, Formen, deren Beobachtung sich die Magistrate selbst auflegten. Die letztere Tatsache erklärt hinwider die im Vergleich zur Legisactio viel geringere Strenge des prätorischen Formalismus. Wenden wir aber das gesagte auf

---

[1]) Vgl. dagegen Wlassak, Gesch. d. Cognitur 59 ff.

unseren Fall an, so ergibt sich die Vermutung, daß mindestens die amtlichen Bescheide betreffs der *res indefensa* in ihrer Form durch das Herkommen gebunden waren. Allein bei der Legisactio werden wir die Anknüpfung für diese Sprüche der Magistrate gewiß nicht suchen dürfen. Sollten auch die Interdikte *quem fundum* und *quam hereditatem* nicht uralt sein, so hätten wir doch für deren Vorläufer und für den ähnlich gearteten Spruch, den Ulpian D. 2, 3, 1, 1 voraussetzt, eine Fassung anzunehmen, die sich von dem Wortlaut der Interdikte nicht sehr weit entfernt.

Demnach wird man keineswegs [1]) an Bescheide denken, die dem Postulanten den erbetenen Besitzwechsel mit einem *addico* oder einem gleichgeltenden Ausdruck bewilligen, sondern an Befehle oder Verbote, die der Beamte ausspricht ohne ausdrückliche Bezugnahme auf den voraufgehenden Antrag. War der Streitgegenstand ein Grundstück, so dürfen wir als Kernwort des prätorischen Befehls wohl von alters ein *restituas* annehmen, dasselbe Wort, das dem Anschein nach am Ende des *quem fundum* stand.[2]) War es dagegen Fahrhabe, deren Verteidigung der Belangte unterließ, so möchte ich auf Grund der oft angeführten Ulpianstelle eher prohibitorische Fassung vermuten, also ein Verbot etwa folgenden Wortlauts: *quo minus hominem (pateram auream), q. d. a., Lucio Titio abducere (auferre) liceat, vim fieri veto.*

---

[1]) Wäre mit der Übertragung der *tria verba* ins amtsrechtliche Verfahren auch die gesetzlose Jurisdiktion an die *dies fasti* gebunden worden, so hätte man sicher schon aus diesem Grunde andere Worte für die freien Sprüche der Magistrate gewählt. Indessen war m. E. am *dies nefastus* nicht so sehr, wie es nach Varro l. l. 6, 30 scheinen könnte, der Gebrauch der *tria verba* verboten, als das gerichtliche *lege agere*, das ohne jene Worte nicht stattfinden konnte. Von diesem Standpunkt aus erweisen sich auch die Aussprüche von Aelius Gallus bei Fest. p. 278 und von Gai. 4, 29 in f. als völlig genau; vgl. ferner Varro l. l. 6, 31 und bei Macrob. Sat. 1, 16, 27, Ovid. Fast. 1, 47 mit 1, 48, Macrob. Sat. 1, 16, 14, und zu Verrius Flaccus im praen. Kal. oben S. 2 A. 1. — [2]) So arg. Fr. Vat. 92 Rudorff und Lenel.

XIII.

Aes confessum und Confessio *certae rei debitae*. — Die Form der Confessio seit der Lex Aebutia. — Wegfall des solennen obrigkeitlichen Beispruchs.

So ergiebig sich das Recht der Actio *in rem* für die Erforschung der Addictio erweist, so wenig wissen wir über den Gebrauch eines der *tria verba* bei der streitlosen Actio *in personam*.[1]) Hatte der dem Vindikanten gegenüber formell geäußerte Verzicht auf gerichtlichen Widerstand die Bestätigung der Eigentumsbehauptung durch ein *addico* des Prätors zur Folge, so rechtfertigt sich ohne weiteres die Frage, ob nicht die gleiche Addictio auch zur Confessio *in iure* hinzutrat, die eine Actio *certa in personam* beantwortet.

Nur in éiner Richtung könnte diese Fragestellung Bedenken erregen. Sie setzt nämlich wie das Dasein so die Legisaktioneneigenschaft des, gewisse Forderungsrechte bejahenden Anerkenntnisses als gesichert voraus. Nun ist aus den Quellen bekanntlich nur das *aes confessum* nachweisbar. Wenn wir eben diese Confessio solennisiert denken durch legitime Sprüche, so gibt es dafür allerdings gute Gründe[2]), die forthelfen über den Mangel besonderer Belege. Nicht so leicht aber sind die Zweifel wegzuräumen, die das Anerkenntnis einer auf *alia certa res* gerichteten Forderung betreffen. Hier läßt uns die Überlieferung völlig im Stich. Hervorragenden Schriftstellern[3]) gilt dieses Schweigen als Zeugnis dafür, daß die Confessio in Jure, sofern sie nicht auf römisches Geld lautet, in alter Zeit keine rechtliche Bedeutung hatte; nur im Verfahren vor dem Geschworenen mochte sie dem Kläger bei der Beweisführung zustatten kommen.

Was dieser Annahme hauptsächlich entgegensteht, das hat schon G. Demelius[4]) treffend hervorgehoben. Ein Legis-

---

[1]) Die Legisactio *per manus iniectionem* bleibt an dieser Stelle noch außer Betracht. — [2]) Andeutungen oben S. 69 und S. 38 A. 4. — [3]) Savigny, System 7, 13ff. Karlowa, Zivilprozeß 154. Kipp in Pauly-Wissowa, R. E. IV, 865. Nur im Ausgangspunkt übereinstimmend Voigt, XII Tafeln 2, 654f. — [4]) Conf. 61f. Auf S. 64 lesen wir: „Durch Confessio wird das Widerspruchsrecht des Belangten beseitigt und

aktionenverfahren, in dem der Schuldner genötigt war, im Widerspruch zum eigenen Geständnis, das Recht auf das eingeklagte *certum* zu verneinen, um so dem Gläubiger den Weg zur Exekution zu bahnen, ist wenig glaubwürdig. Dazu die schwere Unbilligkeit, die sich — häufig wenigstens — ergeben mußte, wenn der Confessus das Sakrament hinterlegen, also einen Einsatz machen sollte, dessen Verlust von vornherein so gut wie entschieden war. Und wie unwirtschaftlich wäre ein Prozeß gewesen, um ein zunächst doch unvollstreckbares [1]) Urteil zu erzielen, obwohl die Sache ebenso weit schon durch das Anerkenntnis gefördert war, wenn man nur die Erklärung des Schuldners, so wie es der typischen Absicht [2]) entsprach, feststellend wirken ließ. Sollte das alte Recht hier die Bestätigung versagt haben? Das ist nicht leicht zu vermuten, zumal da der Gedanke, daß die Confessio das Streitverfahren ausschließt, einer Vorschrift der Zwölftafeln zugrunde liegt.

Nach meinem Ermessen folgte dem Anerkenntnis, eine *certa res* zu schulden, allerdings eine Legisactio; doch nicht der *modus agendi sacramento*, sondern ebenso wie beim Urteil, das nicht auf Geld lautet, die zur Ästimation führende *iudicis (arbitrive) postulatio* [3]), deren Spruchformel Bezug

damit *confessus pro iudicato*"; dagegen ist S. 86ff. die Annahme, „daß das zugestandene Recht des Klägers gegen den Beklagten feststeht", entschieden bekämpft. Wie sind diese Behauptungen zu vereinigen?

[1]) Vgl. Gai. 4, 48 *(ipsam rem condemnat)* mit 4, 21 *(sestertium X milium iudicati manum inicio)*; dazu u. a. Novius bei Cic. de orat. 2, 255. Liv. 6, 14, 3; 23, 14, 3. Sex. Caecilius bei Gell. 20, 1, 47 *(. . quantaeque pecuniae iudicati essent, praedicabatur)*. Richtig Puchta, Institut. [10] 1, 554; die Gegner berufen sich auf den Zwölftafeltext: *rebusque iure iudicatis*; s. aber Wach bei Keller, Zivilproz. [6] § 16, 225 und dagegen wieder Voigt XII Tafeln 2, 656, 14. — [2]) Die Worte des Confessus: *aio, me . . . dare oportere* sind keine Äußerung über die Wahrheit der klägerischen Rechtsbehauptung. — [3]) Schon Puchta Instit. [10] 1, 555 (§ 179) bezeichnet diesen *modus agendi* als die passende Form, um nach gefälltem Urteil zu einem *arbitrium liti aestimandae* zu gelangen. Puchta gibt keine Begründung; M. Voigt, Jus naturale 3, 707f. verweist auf das Gesetz über die *vindicia falsa*. Keller, Zivilpr. [6] 79 (§ 16) aber, dem Bethmann-Hollweg, Zivilproz. 1, 196, 8 folgt, lehrte: beim *arbitrium* sei „nicht an einen neuen Prozeß zu denken, der etwa mit einer anderen Legisactio anzuheben gewesen wäre." Wie willkürlich diese Behauptung ist, das

nehmen mußte auf das vom Schuldner gemachte Bekenntnis. Natürlich fiel dieses zweite Verfahren als überflüssig weg, wenn der Gläubiger nach der Confessio durch Leistung des geschuldeten oder in anderer Weise zufriedengestellt war. Selbst die Solennisierung des Anerkenntnisses hätte in solchen Fällen unterbleiben können. Denkbar wäre es also, daß die in Rede stehende Confessio überhaupt keine eigene Legisactio bildete. Denn auch da, wo der Ästimation wegen ein gesetzliches Spruchverfahren nötig war, konnte man sich füglich damit begnügen, der anerkannten Schuld bei der *iudicis postulatio* selbst zu gedenken, entweder in einem Satze, der die Postulation begründete, oder bei der Bezeichnung der vom erbetenen Richter zu lösenden Aufgabe. Ob freilich solche Vermutungen verträglich sind mit dem vielberufenen Geiste des altrömischen Rechts, mit der Neigung, alle rechtlichen Vorgänge plastisch zu gestalten, das lasse ich unentschieden. Glaubt jemand das gerichtliche Anerkenntnis, eine *certa res* zu schulden, als selbständige Legisactio streichen zu sollen, so mag er die jetzt folgenden Bemerkungen über die Addictio bei der Actio *in personam* lediglich auf den Fall des *aes confessum* beziehen.

Ausgehen müssen wir von dem schon oben (S. 2f.) erörterten Ausspruche Varros, daß sich keine Legisactio vollende ohne Hinzutritt eines der drei prätorischen Worte. Hiernach ist es weder statthaft, bei der streitlosen *in personam* Actio den Magistrat überhaupt nicht mitreden zu lassen [1]), noch zu billigen, wenn ihm M. Voigt [2]) statt eines

zeigt ein Blick auf das Interdiktenverfahren mit seinen secutorischen und anderen Klagformeln. So viele Formeln so viele Kontestationen, und jede Streitbefestigung erzeugt ein besonderes Prozeßverhältnis. Andrerseits bewährt sich meine Annahme insofern, als sie Gaius' Worte 4, 19 aufklärt: ... *cum de eo quod nobis dari oportet potuerimus aut sacramento* (wenn der Verklagte bestreitet) *aut per iudicis postulationem* (wenn er anerkennt) *agere.* Über Litiskontestation nach der Confessio, bloß zum Zweck der Ästimation vgl. Ulp. D. 42, 2, 5, D. 9, 2, 23, 10, D. 9, 2, 25, 2, auch Gai. 4, 163.

[1]) Bethmann-Hollweg, Zivilprozeß 2, 542, 12, Demelius, Conf. 65. 77 und Giffard a. O. 28f. lehnen ausdrücklich nur die Addictio ab (ersterer übrigens nicht ohne Zweifel); doch hätten sie wohl des *do*

der drei Worte andere, u. z. die Formel *damnas esto*, in den Mund legen will.

Um der ersteren Annahme eine Stütze zu schaffen, könnte man geneigt sein, auf den Text der Lex Rubria c. 21 u. 22 hinzuweisen. In den auf die Confessio bezüglichen Sätzen ist nämlich nichts zu entdecken, woraus ein Begleitspruch des Beamten zu erschließen wäre. Dieses Schweigen aber verdient volle Würdigung, da es bei einem Gesetze von der Art der Rubria [1]) schwer hielte, den Vorwurf achtloser Fassung zu begründen. Indessen liegt die Erklärung sehr nahe, weshalb die zisalpinische Gerichtsordnung absah von dem Eingreifen des Magistrats mit einem solennen Spruche. Bekanntlich stammt das Gesetz aus einer Zeit, in der der Untergang des stadtrömischen Legisaktionensystems eine bereits entschiedene Sache ist.[2]) Nun wäre es natürlich sehr verkehrt gewesen, die Gemeinden der Neubürger im Polande mit einem Rechte zu bewidmen, das in der Hauptstadt als veraltet und lästig bei Seite geschoben war.

Einen Haken aber hat diese Darlegung allerdings. Mit Fug kann man fragen, ob denn überhaupt die Form der Confessio durch die Umgestaltung des Streitprozesses berührt wurde? Die Aebutische Formel mit ihrem *iudex esto* und der bedingten Intentio ist augenscheinlich bloß dazu bestimmt, den Inhalt eines Prozeßvertrags aufzunehmen. Wie aber sollen wir uns ihre Verwendung denken, wenn der Kläger mit einer Partei zu tun hat, die bereit ist zu konfitieren? Sind nicht gleich der Injurezessio und der Stabfreilassung auch die übrigen Legisaktionen, die nicht

---

oder *dico* gedacht, wenn nach ihrer Meinung überhaupt ein Spruch des Beamten hinzugetreten wäre. Andere Schriftsteller äußern sich gar nicht. — [2]) Über den Bedeutungswechsel 146f.; Jus naturale 3, 710; XII Tafeln 2, 650f. Wie Voigt, Cogliolo bei Padelletti, Storia [2] 326f. N. g. Cuq, Institutions 1, 332.

[1]) Von dem Gesetze der Zwölftafeln 3, 3 und der L. col. Genetivae Iuliae c. 61 ist weiter unten zu sprechen. — [2]) S. Wlassak, Prozeßgesetze I, 155ff., II, 228, 24; Grünhuts Ztschr. 19, 729ff.; Gesch. d. Cognitur 57. Die Anzweifelung der seit Puchta allgemein so genannten „L. Rubria“, mit der neuestens (1902) Mommsen, Wiener Studien XXIV, 238f. hervortrat, weist Kipp, Quellen des röm. Rechts [2] 38, 10 zurück.

der Streitbegründung dienen, frei geblieben von dem Einfluß der Äbutisch-Julischen Reform?[1]) Leider fehlt eine klare Antwort in unseren Quellen; doch gibt uns Gaius 4, 30 einen Fingerzeig, da er zu den „aufgehobenen" Legisaktionen zweifellos auch die *manus iniectio* zählt, die nur ausnahmsweise zum Prozesse führt, und ebenso die formelle *pignoris capio*, die gar keine gerichtliche Aktion war.

Was wir bei Gaius l. c. bezeugt finden, das erprobt sich als richtig auf Grund der L. Rubria c. 21 und somit als zutreffend schon für die Zeit des ersten Reformgesetzes. Das genannte Kapitel erweist nämlich für die Städte von Gallia Cisalpina ein Verfahren zur Einleitung der Personalexekution, das sich ohne feierliches Handanlegen abspielt.[2]) Den Rückschluß daraus auf den Rechtszustand der Hauptstadt wird man wohl nicht beanstanden.

Ist aber eine Einwirkung der Aebutia ermittelt auf die *manus iniectio*, auch wo aus der exekutiven Legisactio kein Prozeß erwächst, so dürfen wir das nämliche vermuten bei der an die Spruchform gebundenen Confessio *certae pecuniae* und *certae rei debitae*. Welche Gestalt seither das gerichtliche Anerkenntnis annehmen mochte — wahrscheinlich unter der Hand der Juristen — das ist nicht allzuschwer zu erraten. In einem bekannten Fragmente (D. 2, 13, 1 pr.) sagt uns Ulpian[3]):

.. *qui acturus est edere actionem (debet), ut proinde sciat reus, utrum cedere an contendere ultra debeat.*

[1]) Über die „Grenzen des Formularverfahrens" s. Wlassak, Prozeßgesetze I, 238ff., besonders 255—257 II, 364. Keller hat die vage Vorstellung zur Herrschaft gebracht, daß es seit der Aebutia „formlos" im röm. Gerichtsverfahren zugegangen sei. Gestützt auf dieses ebenso unüberlegte und unrichtige wie unerschütterliche Dogma betrachten Bethmann-Hollweg a. O. 2, 542, Demelius, Conf. 111ff. und die neueren, selbst noch Giffard a. O. 55. 92, die Confessio „im (wie sie sich ausdrücken) Formularprozesse" als „einen Teil der unförmlichen Erklärungen", als ein Stück der „formlosen Verhandlungen" vor dem Magistrat. — [2]) Insoweit richtig Wlassak, Prozeßgesetze I, 94—102; zustimmend Wenger, Actio iudicati 110. Im übrigen ist meine vor der „Litiskontestation" geschriebene Ausführung a. O. recht mangelhaft; erheblich besser Wenger a. O. 109ff. — [3]) Sollten auch einzelne Worte im fr. 1 pr. § 1 cit. den Kompilatoren gehören, das wesentliche ist gewiß echt.

Seiner Meinung nach war also dem Angesprochenen die Wahl zwischen Streit und Nachgeben erst zuzumuten, wenn ihm der Anspruch in einer zur prozessualischen Verfolgung brauchbaren Gestalt vorlag. Mag Ulpian l. c. immerhin von der ersten, außergerichtlichen [1]) Edition sprechen, an die sich ein verbindliches Anerkenntnis gar nicht anschließen konnte, so viel ist doch sicher, daß er das *cedere,* also insbesondere die Confessio, auf den schon zum Prozeßmittel verarbeiteten Anspruch bezieht.[2]) Wenn ich weiter behaupte, daß nach Äbutisch-Julischem Rechte die Confessio in Jure nur auf einer so formalisierten Grundlage möglich, also unwirksam war im Fall einer bloß laienhaft ausgedrückten Forderung, so entfernt sich diese Aufstellung schwerlich weit von Ulpians Gedanken, obwohl sie durch seine Worte nicht mehr gedeckt ist.

Hiernach wäre seit der Aebutia die in Jure zu wiederholende [3]) Edition der Schriftformel als Ersatzstück anzusehen für den vorher notwendigen klägerischen Spruch: *aio te mihi . . dare oportere.* Freilich enthalten die schriftlichen *concepta verba* neben der Feststellung des Anspruchs noch anderes, was lediglich für den Streitfall taugt. Doch hat man, wie es scheint, an den überflüssigen Formelgliedern keinen Anstoß genommen und, weil sie unschädlich waren, keine Umbildung der Urkunde verlangt. Erträglich war solche Unpaßlichkeit um so eher, als die Antwort auf die Edition seitens der Gegenpartei natürlich als der gewichtigere Teil des ganzen Vorgangs erscheinen mußte.

Wie aber diese Antwort lautete, die der Belangte per-

---

[1]) So Lenel, Ztschr. f. R.-G. R. A. 28, 385 ff. Das Gewicht der angeführten Gründe verkenne ich nicht; einige Bedenken aber erregt das Wörtchen *ultra*, dessentwegen ich seinerzeit (Litiskontestation 52, 1; Cognitur 12) die herrschende Auslegung des fr. 1 § 1 D. cit. nicht fallen lassen wollte. Lenel scheint das Wort nicht bemerkt zu haben. Statt auf das vermutlich interpolierte fr. 25 § 7 D. 5, 3 würde ich jetzt auf Gai. D. 2, 4, 22, 1 aufmerksam machen. — [2]) Dies hätte wohl auch Demelius, Conf. 114—116 als richtig zugestanden. Vgl. noch Rudorff, R. Rechtsgeschichte 2, 218. — [3]) Die „innere Notwendigkeit" des „erneuten" (vorläufigen) *edere* in Jure hebt Lenel a. O. 28, 388 f. ausdrücklich hervor.

sönlich und mündlich[1]) dem „Petenten"[2]) gegenüber zu erteilen hatte, das ist aus der L. Rubria zu ersehen, u. z. aus c. 21, Z. 5f.:

... *d(are) o(portere) debereve se confessus erit*

und c. 22, Z. 33f.:

... *confessus erit deixseritve.*[3])

Nach diesen Texten stand dem Geständigen vermutlich

---

[1]) Das sagt schon das Wort *confiteri*, denn *fateri* ist aus derselben Wurzel abzuleiten wie *fari*; vgl. Vanicek, Etym. Wörterbuch d. lat. Sprache [2] 179f. Zur Bestätigung dient Paul. sent. 5, 5[a], 3 (dazu 2, 1, 5): *Confiteri quis in iudicio* („im Gerichtsverfahren") *non tantum sua voce, sed et litteris et quocumque modo potest.* Das „nicht bloß .. sondern auch" weist hin auf einen Gegensatz des jüngeren zum älteren Recht: im Kognitionsverfahren gilt freie Wahl, dagegen war früher nur *confiteri sua voce* möglich. — [2]) *Petere* steht ebenso wie *agere* in der L. Rubria, im Atestiner Fragm., im Publizianischen Edikt und zuweilen auch bei den Juristen im weiteren Sinne; s. Wlassak, Prozeßgesetze I, 80, 6; Cognitur 10. 12; Pauly-Wissowa, R. E. I, 326f. Wenger, A. iudicati 173 legt die L. Rubria gewiß richtig aus, ist aber sonst m. E. zu leicht geneigt, den genannten Worten die weitere Bedeutung beizulegen. Die Ausdrucksweise der Gesetze und die der Juristen stimmen hier nicht völlig überein. Der engere und technische Wert von *agere* und *petere* (= *agere* mit der besonderen Schattierung des gegen eine Person geäußerten Begehrens) zur Bezeichnung des *litem contestari* ist sicher ein richtiges Kunsterzeugnis der Juristen und nur in ihrer Sprache völlig heimisch geworden. Diese aber verliert alle Präzision, sobald man ohne Not die Vermutung für den Gebrauch jener Worte im technischen Sinne preisgibt. Unter *agere* im Zweifel das „gerichtliche Handeln" zu verstehen, das ist nicht besser als etwa die Übersetzung von *stipulari* mit „verhandeln". Übrigens wird man häufig selbst da, wo *agere-petere* wirklich in der weiteren Bedeutung vorkommt, etwas bestimmtere Vorstellungen damit verknüpfen dürfen. Als Kern der vorbereitenden Tätigkeit des Klägers ist in der Regel das vorläufige *actionem edere* zu denken, während das endgültige *edere* zusammenfällt mit dem eigentlichen *agere*. — An den Gebrauch von *petere* in einer zweiten Hauptbedeutung (= *postulare*), die von der hier erörterten wesentlich verschieden ist, brauche ich nur kurz zu erinnern; vgl. Pauly-Wissowa, R. E. IV, 216f. — [3]) Jhering, Geist [4] III, 1 § 52, 45 (S. 59) vermutet, *dicere* sei im c. 22 hinzugefügt, weil *confiteri* nur passen mochte, wo das Zugeständnis ein *ius*, nicht wo es ein *factum* betraf. Vgl. aber Cic. pro Mil. 15: *vidit .. in confessione facti iuris tamen defensionem suscipi posse.*

die Wahl zu zwischen verschiedenen Schlagworten. Daß er jedoch von mehreren bestimmten Ausdrücken éinen gebrauchen, und daß seine Rede die Intentio der edierten Formel geradezu bejahen mußte, das wird man kaum bezweifeln dürfen. Daher vermag ich Demelius [1]) nicht zu folgen, wenn er behauptet: „die Confessio erscheine keineswegs als eine formelle Erklärung des positiven Inhalts, daß der klägerische Anspruch begründet sei." Am wenigsten konnte m. E. eine Erklärung genügen, wie sie derselbe Gelehrte dem Beklagten beispielsweise zuschreibt: „er wolle den Anspruch nicht bestreiten." Denn diese Worte drücken deutlich doch nur die Absicht aus, sich der Verteidigung derzeit zu enthalten; die Lex Rubria aber sieht in dem *non defendere* keinen Fall des *confiteri,* sondern unterscheidet das eine genau von dem anderen.

Ob demnach die Confessio in Jure der nachäbutischen Zeit ein formelles Geschäft sei, dieser Frage möchte ich am liebsten ausweichen, um nicht Anlaß zu bieten zu unfruchtbarem Wortstreit. Ungerechtfertigt wäre es jedenfalls, in dem Dasein verschiedener Wortfassungen für das Anerkenntnis eine haltbare Stütze der hergebrachten Lehre zu erblicken. Wie Gaius [2]) (II 117, 193, 201, III 92) zeigt, war schon nach klassischem Rechte bei Geschäften, deren „formelle" Natur heute niemand anficht, die Wahl freigegeben zwischen mehreren Ausdrücken: bei der Erbeinsetzung, bei der Anordnung von Legaten, bei der Stipulation.

Sollte aber der Einwand erhoben werden, daß der obige Text der Rubria gar nicht ein *confiteri dicereve* mit den Worten: . . . *me dare oportere* oder *debere* bezeuge, sondern nur ein Verhalten des Angesprochenen, aus dem mit Sicherheit ein Anerkenntnis des bezeichneten Inhalts zu erschließen ist, so würde ich meine Auslegung trotzdem bis auf weiteres für allein berechtigt erklären, weil sie jenem Satze der Rubria lediglich das entnimmt, was die Worte zweifelsohne zunächst ausdrücken. Wer anderes dahinter

---

[1]) Conf. 118. — [2]) Dazu Ulp. XXI. XXIV, 4, Jhering, Geist [3] II, 2, S. 583. Fr. 1 § 4 D. 45, 1, Ulp. (2949), das Jhering mit Gai. 3, 102 vergleicht, ist an drei Stellen interpoliert (in Lenels Pal. nicht angemerkt).

sucht, der hätte erst Gründe vorzubringen für seine abweichende Behauptung. Zu den Gründen aber, die wirklich zählen, gehören mit nichten die unbewiesenen Dogmen der Keller'schen Schule[1]), so sehr sie auch — zum Schaden der Prozeßlehre — eine Art Wahrheitsvermutung ersessen haben.

Wenn die gerichtliche Confessio noch gegen das Ende der Republik in ihrer äußeren Erscheinung mehrfach gebunden war, so ist damit der Annahme[2]) einer einstmaligen Formfreiheit im älteren Rechte vollends der Boden entzogen. Auf der anderen Seite entsteht nun die Frage, in welchem Sinne man von einer Beseitigung der Legisactio beim Anerkenntnis sprechen darf. Eines ist oben schon bemerkt. Erlassen war dem Kläger seit der Aebutia die Einkleidung seines Anspruchs in eine legitime Formel, die er nach altem Recht hersagen mußte. Statt dessen genügte jetzt die Edition der schriftlichen *concepta verba*, mit der jede Rechtsverfolgung einzuleiten war, gleichviel was ihr Ausgang sein mochte.

Ob und worin sich die Antwort des Confessus auf die Klagedition von der älteren Spruchformel unterschied, das läßt sich nicht ermitteln, weil uns von der letzteren nichts erhalten ist. Vergleicht man aber die Nachrichten[3]) über die peinliche Formenstrenge des voräbutischen Systems mit der bei mehreren Formalgeschäften des klassischen Rechts und durch die Rubria auch bei der neueren Confessio bezeugten Wahlfreiheit zwischen mehreren Wortfassungen, so liegt es nahe, die Legisactio von dem Grundsatz der éinen, allein zulässigen Formel beherrscht zu denken und in der Überwindung dieser Regel den seit der Prozeßreform gemachten Fortschritt zu erkennen.

Am schärfsten aber werden die Römer den Gegensatz von alt und neu empfunden haben, wenn sie sahen, wie das nachäbutische Anerkenntnis sich vollendete ohne solennen Beispruch des Magistrats. Die Tatsache selbst: der Wegfall der eben erwähnten Förmlichkeit als eines Stückes

---

[1]) S. oben S. 88 A. 1. — [2]) Von Demelius, Conf. 77 f.; vgl. oben S. 38 A. 4. — [3]) Gai. 4, 11. 30. Ulp. Fr. Vat. 318; dazu Jhering a. O. (oben S. 91 A. 2). Ist vielleicht auch das *negare aut tacere* bei der Injurezessio (Gai. 2, 24) eine nachäbutische Neuerung?

der Legisactio kann auf Grund der L. Rubria c. 21 u. 22 wohl als gesichert gelten.[1]) Dagegen wäre es gewiß verfehlt, dieser Abänderung des Verfahrens erhebliche Bedeutung beizumessen. Die Stellung des Beamten in der streitigen und streitlosen Rechtspflege ist, wie ich anderwärts gezeigt habe, seit der Lex Aebutia grundsätzlich keine andere als vorher. Wie es unrichtig ist, die Kontrolle des Gerichtsherrn über die Aktionsformel, besonders also die Befugnis, deren Gebrauch in Jure zu hindern, als eine Neuerung der Reformgesetze zu betrachten, so wäre es mindestens ebenso verkehrt, aus der Abschaffung des formellen Beispruchs eine Schmälerung jenes Aufsichtsrechts bei der Actio *legitima* zu folgern.

Die obrigkeitliche Überwachung bezog sich ohne Zweifel auf die sämtlichen gerichtlichen Legisaktionen, während es sehr fraglich ist, ob ihnen allen *verba legitima* des Magistrats beigefügt waren, die dessen Zustimmung zur Parteihandlung ausdrückten. Aus dem auf S. 6—10 über das Kernwort *dico* gesagten geht so viel jedenfalls hervor, daß es Beamtensprüche gab, die wesentlich anderen Inhalt hatten. Noch viel größeres Gewicht lege ich einem Umstande bei, auf den oben (S. 2f.) schon hingewiesen ist. Die Parteien konnten vernünftigerweise niemals mit dem Vollzug einer gerichtlichen Legisactio auch nur beginnen, ehe sie sich nicht der Zustimmung des zum Mitreden berufenen Magistrats versichert hatten. Diese formlos zu erteilende, der solennen Spruchhandlung voraufgehende Bewilligung wurde natürlich durch eine Änderung, die lediglich die äußere Gestalt der Actio selbst betraf, gar nicht berührt. Demnach wird man eine Kontrolle des Beamten über die beiden Parteierklärungen bei der nachäbutischen Confessio genau im selben Sinn annehmen dürfen wie vorher bei dem an die Formen der Legisactio gebundenen Anerkenntnis.

---

[1]) Damit ist ein neuer Beweisgrund für das oben S. 6f. A. 3 gesagte gewonnen.

XIV.

Das prätorische *verbum legitimum* bei der streitlosen Legisactio *certa in personam*. — Addictio? — Wider Voigts obrigkeitliche *damnatio*. — *iudicatus* und *damnatus*.

Wie sich gezeigt hat, ist das Stillschweigen der Lex Rubria über ein die Confessio begleitendes *verbum legitimum* des Magistrats befriedigend aus der Beseitigung des alten Spruchsystems zu erklären und mithin ganz ungeeignet, einen Rückschluß zu gestatten auf die äußeren Erfordernisse der streitlosen Legisactio *certa in personam*. Demnach müssen wir, Varro folgend, einen obrigkeitlichen Beispruch auch mit dem gerichtlichen Schuldanerkenntnis der voräbutischen Zeit verbinden.

Welches der drei Worte aber war hier gebraucht? Nach M. Voigt überhaupt keines der drei, sondern eine Formel mit den Schlußworten *damnas esto*. Allein damit ist die oft genannte Varrostelle durchaus unvereinbar. Sie allein rechtfertigt schon die Ablehnung der vermeintlichen prätorischen Damnation, und nur zur Bekräftigung dieses Urteils schalte ich noch eine Prüfung der Belege ein, auf die sich Voigts Behauptung [1]) gründet.

Von den angeführten Stellen sprechen die meisten [2]) zwar von einer *damnatio*, keine aber bezeugt das, worauf es gerade ankommt, daß es eine vom Magistrat ausgehende Damnation gebe.

Der Grammatiker Servius zur Aen. 12, 727 berichtet lediglich über den Gebrauch von *damnare* „in der Rechtssprache“; denn das ist der wahre Sinn der Worte: *in iure cum dicitur* (nicht: *dicit*, scil. *magistratus*) '*damnas esto*', während Voigt anscheinend an einen Spruch denkt, der sich „auf der Gerichtsstätte“ ereignet.

Zwei weitere Stellen: Jul. Paul. D. 42, 2, 3 und Gai. 4,

---

[1]) Diese bekämpft schon Demelius, Conf. 64 f., ohne freilich Voigt (s. XII Tafeln 2, 650, 5) überzeugt zu haben. Vgl. noch Giffard a. O. 28 f. — [2]) Nicht Jul. D. 5, 1, 75, wo von der *pronuntiatio*, d. h. vom Urteil im (extraordinären) Kontumazialprozesse die Rede ist.

21 verwenden *damnare* m. E. zur Bezeichnung der Sentenz des *arbiter*, der die in Jure anerkannte Schuld meist ohne weiteres in Geld abschätzt, zuweilen aber vorher die Rechtswirkung der Confessio prüfen muß. Das zuerst genannte Digestenfragment[1]) ist auch längst richtig auf das *iudicium aestimatorium* gegen den verklagten Erben bezogen, der vor dem Prätor zugestanden hat, eine bestimmte Sache *legati nomine* zu schulden, dann aber unter Berufung auf den von Julian angegebenen Grund jede Leistung verweigert. Als Urheber der Damnation den Magistrat anzunehmen (statt des Richters im konfessorischen Prozeß), das ist schon deshalb unmöglich, weil der Geständige doch nicht sofort nach der Confessio deren verpflichtende Kraft leugnen wird, die Voigtsche *damnatio* aber dem Anerkenntnis unmittelbar hätte folgen müssen, gleich der Addictio bei der gerichtlichen Zession.

Gaius a. O. teilt uns zwei[2]) Formulare der Legisactio *iudicati per manus iniectionem* mit, von denen das eine so lautete:

---

[1]) *Iulianus ait confessum certum se debere legatum omnimodo damnandum, etiamsi in rerum natura non fuisset et si iam a natura recessit, (ita tamen, ut in aestimationem eius damnetur:) quia confessus pro iudicato habetur.* Dazu Rudorff, Ztschr. f. geschichtl. Rechtswissensch. 14, 409. Savigny, System 7, 9. 37. R. Römer, Erlöschen des kläger. Rechts 87. Demelius, Conf. 64. 181f. Der eingeklammerte Satz ist interpoliert: so Bethmann-Hollweg, Versuche 268. Lenel, Paling. I, 1165, 2. Voigt dagegen bestreitet die Echtheit nicht; um so unbegreiflicher (trotz Bedeutungswechsel 146, 98) ist seine Auslegung des fr. cit. Übrigens hat Julian offenbar ein nicht auf Geld lautendes Anerkenntnis im Auge. Auch in diesem Falle hätte also Voigts amtliche Damnation eintreten müssen. Im Jus naturale 3, 709f. aber (ebenso XII Tafeln 2, 656, 14 a. E.) ist wegen tab. 3, 1 (*aeris confessi*) ausdrücklich das Gegenteil behauptet. — [2]) Mit der jetzt vorherrschenden Ansicht nehme ich an, daß das *sive* bei Gai. 4, 21 nicht ein Wort des Formulars ist, sondern des berichtenden Schriftstellers. Doch ist das oben ausgeführte unabhängig davon, wie man über diesen Punkt denkt. Gegen den *damnatus* hätte m. E. die *l. a.* immerhin so lauten können: *q. t. m. iudicatus sive damnatus es*... Dagegen kann ich mich davon nicht überzeugen, daß das Wort *damnatus* eine bedeutungslose Variante sei, deren sich der Sprecher nach seinem Belieben statt des Wortes *iudicatus* bedienen mochte; vgl. oben S. 92 A. 3 (éine unveränderliche Formel!).

quod tu mihi iudicatus es sestertium X milia ....,

und das andere:

quod tu mihi damnatus es sestertium X milia ... ob eam rem ego tibi sestertium X milium iudicati[1]) *manum inicio.*

Man achte wohl: auch das zweite Formular ist für die A. *iudicati*[2]) bestimmt. Wer aber soll das sein, der richtig mit dieser Actio (nicht: *pro iudicato*[3]) zu belangen ist, und doch verpflichtet wurde nicht durch ein „Iudicat" im strengsten Wortsinn, sondern durch eine *damnatio?*

Die neueren Gelehrten seit Huschke[4]) haben bekanntlich eine Gruppe von Forderungen zusammengestellt, deren Verfolgbarkeit im Exekutionsweg auf den bald vom Gesetz bald von Privaten gesprochenen Kraftworten *damnas esto* beruhen soll. Hiernach wurde von Rudorff und anderen[5]) das zweite gegen den *damnatus* gerichtete Formular für anwendbar erklärt, wo es sich um Ansprüche aus der Aqui-

---

[1]) Wer Gai. 4, 22—24, besonders § 24 aufmerksam liest, sollte wohl nicht auf den Gedanken verfallen, das Wort *iudicati* in der Formel von 4, 21 als Glossem zu streichen. — [2]) Unvereinbar mit Gai. 4, 21 ist die Behauptung Bekkers, Ztschr. f. R.-G. R. A. 36, 18: „Gaius kannte eine *m. i. iudicati* und eine *m. i. damnati.*" H. Erman, Röm. Quittungen 40 mutet Gaius mehr Leichtfertigkeit zu, als ich, ohne zwingenden Grund, einräumen möchte. Nebenbei: mit Mitteis, Ztschr. f. R.-G. R. A. 35, 105 sehe ich in der alten Actio iudicati den Urfall der *legis actio per man. iniectionem.* — [3]) Verfehlt ist die Auffassung der *m. i. pro iudicato* in der fleißigen Schrift von F. Senn (Paris 1902), Leges perfectae 81 („en vertu d'un jugement déjà exécuté"). — [4]) Das Recht des nexum (1846) 50 ff. 141 f. Anhänger aus den letzten Jahren: Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte (1901) 2, 550. 802 f. 805. 918, Girard, Manuel [3] (1901) 409. 474 ff. 917. 976., Jörs in Birkmeyers Enzykl. [1] 138, [F. Leonhard in der 2. Aufl. dieser Enzykl. 105. 114]. — [5]) Keller, Zivilprozeß [6] § 88 A. 1096 mit der Verweisung auf S. 97 (ebenso schon in der 1. Aufl. von 1852). Deutlicher Rudorff, R. Rechtsgeschichte 2, 85 f. A. 2; bei Puchta, Instit. [10] 2 § 269 Anm. v. Cuq, Institutions 1, 424, 4. Jörs in Birkmeyers Enzykl. [1] 121, 2. [F. Leonhard, Enzykl. [2] 105]. Huschke selbst (Nexum 66 A. 76) und wohl die Mehrzahl der ihm folgenden (z. B. Bethmann-Hollweg, Zivilprozeß 1, 159, 14. Karlowa, Zivilprozeß 184) halten das Formular bei Gai. 4, 21 für unanwendbar in den sog. „Damnationsfällen". Man erwog wohl, daß gegen den „damnierten" Schuldner nicht A. *iudicati*, sondern nur *pro iudicato* oder *m. i. pura* zustehen könne; wie denn auch Rudorff bei Puchta das *iudicati* durch *pro iudicato* ersetzt.

lia, aus dem Nexum und dem Damnationslegate handelt. Allein diese Auffassung kann zur Zeit wohl als widerlegt gelten. In dem Worte *damnare* steckt in Wahrheit nichts, was auf einen besonders energischen Zwang zur Pflichterfüllung hinweisen würde. *Damnare*[1]) (vermutlich, wie *damnum*, mit *dare* zusammenhängend) heißt „geben machen", „schuldig machen", keineswegs verurteilen. Wenn also vom Richter gesagt wird: er „damniere", so hat das nur darin seinen Grund, daß eine Schuldverpflichtung auch durch richterlichen Spruch entstehen kann.

Zum Durchbruch ist diese Erkenntnis erst kürzlich gebracht durch eine vortreffliche Abhandlung von L. Mitteis.[2]) Vorher hatte einzig M. Voigt[3]) seine Stimme erhoben gegen das exekutive Nexum und seinerseits die neue Lehre von der amtlichen Damnatio aufgestellt, wofür dann als Beleg unter anderem Gai. 4, 21 herangezogen wurde. Indessen ist die Voigtsche Erklärung des *damnatus* in der Formel der *manus iniectio* sicher noch minder annehmbar als die eben abgelehnte Deutung von Rudorff. Zur Rechtfertigung dieses Urteils nur folgendes.

Nach den Zwölftafeln (3, 1 f.) entspringt der Vollstreckungsanspruch gegen die Person des Schuldners aus

---

[1]) Die Ansichten der Sprachforscher (Ritschls und anderer) über *damnum* und *damnare* stellt M. Voigt, Bedeutungswechsel 142 ff. zusammen; s. auch Bekker, Aktionen 1, 25, 9. Puntschart, Zivilrecht 424 ff. Cuq a. O. 1, 423, 3. Ritschls Ableitung von *dare* billigt Mommsen, Strafrecht 13, 1, ebenso Mitteis, Ztschr. f. R.-G. R. A. 35, 113. [Dagegen tritt jetzt E. Vetter in einem Gymnasialberichte Wien 1903 S. 11—13 für die Scaligersche Etymologie ein: *damnum* (und *damnare*) „aus *dapnom*, demselben Stamme, der in *daps* und griech. δαπάνη vorliegt". Daher sei die Urbedeutung von *damnare* „jemandem eine materielle Leistung auflegen", „eine Auslage verursachen". Auch mit dieser Annahme ist das oben ausgeführte wohl verträglich. Doch bemerkt mir ein sachkundiger Freund, Vetters Ableitung, obwohl lautlich möglich, habe noch mehr Bedenken zu überwinden als die von Ritschl vorgeschlagene.] — [2]) A. O. 35, 96 ff. Huschke hat übrigens schon 1874 (Multa 399) seine Lehre vom exekutiven Nexum ausdrücklich widerrufen. In den durch Mitteis' Abh. erregten Streit über das Nexum (Ztschr. f. R.-G. R. A. 36 von 1902: Bekker, Lenel, Mommsen und Schloßmann, Schuldrecht; Nexum — 1904) ist hier nicht einzugreifen. — [3]) Jus naturale 3, 718 A. 1168 (1875); XII Tafeln 1, 609 und 2, 485.

dem gerichtlichen Anerkenntnis[1]), sofern es römisches Geld zum Gegenstande hat. Mit dieser Vorschrift ist ein *fari* des Beamten, das den Parteienakt lediglich bestätigt, recht wohl vereinbar. Dagegen schließt das Gesetz seinem Sinne nach eine amtliche *damnatio*, die der Confessio folgen soll, geradezu aus. Denn *damnare* ist, wie auch unser Gegner lehrt[2]), mit „binden" oder „schuldig erklären" zu übersetzen. Ein Beamtenspruch aber mit solchem Inhalt würde offenbar zu dem Gesetze schlecht stimmen, da dieses die Verpflichtung schon aus der Confessio hervorgehen läßt. M. Voigt ist anscheinend selbst von ähnlichen Erwägungen beeinflußt, wenn er[3]) sagt, der Beamte habe mit seinem „*damnas esto* die Schuldverbindlichkeit des Beklagten konstatiert." Schade nur, daß dieser letztere Satz den kurz vorher angenommenen Wortwert von *damnare* schlichtweg verleugnet. Wer sieht es nicht, daß aus dem „verbindlich machen" urplötzlich etwas wesentlich anderes geworden ist?

Eine zweite Einwendung, die noch zu erheben wäre, trifft in gleichem Maße die Auffassung von Voigt wie die von Rudorff. Gaius a. O. unterwirft den *damnatus* der *L. A. iudicati*. Nun ist in den Zwölftafeln der geständige neben dem verurteilten mit Personalexekution bedroht. Der erstere wird behandelt wie ein durch Urteil verpflichteter; dessen-

---

[1]) Schloßmanns (Schuldrecht 129 ff.; Nexum 45 ff.) gewaltsame Kritik der Zwölftafelstelle wird schwerlich viel Anklang finden. Richtig aber ist die Bemerkung, daß in 3, 3 neben dem Judikat die Confessio genannt sein sollte. Gleiche Bedenken erregt übrigens auch das Verschweigen des *aes confessum* bei Gai. 4, 21 ff. Allein beides zusammen reicht nicht aus, unverdächtige und bestimmte Zeugnisse (oben S. 69 A. 2), die noch gestützt sind durch die L. Rubria c. 21 und das klassische Recht zu entkräften. Wem die Worte nicht genügen: *post deinde manus iniectio esto*, die sich auf das *aes confessum* ebenso beziehen wie auf die *res iudicatae*, der wird unvollständige Überlieferung des Legaltextes annehmen müssen. Was den von S. vermißten Zusatz *in iure* betrifft, so konnte ihn das Gesetz in der Vorschrift über das Anerkenntnis unterdrücken, wenn mit den Worten *aeris confessi* ein schon bekannter Begriff in die Zwölftafeln aufgenommen war. Reden doch auch die Juristen (D. 42, 2, Paul. sent. 5, 5a, 2, anders Ulp. D. 42, 1, 56) fast immer nur vom „*confessus*", wo sie uns belehren über die rechtliche Gleichstellung mit dem *iudicatus*. — [2]) Voigt, Bedeutungswechsel 144 f. — [3]) Bedeutungswechsel 146.

ungeachtet wird der Name *iudicatus* auf ihn nicht übertragen. Und die Quellen einer späteren, der klassischen Zeit sagen es ja oft und deutlich genug: *confessus pro iudicato est.* Demnach ist unsere Gaianische Formel auf Grund eines Anerkenntnisses und einer amtlichen „Konstatierung" der Geldschuld gewiß nicht anwendbar; die Legisactio mußte in diesem Fall anders lauten und zweifellos mit den Worten schließen: *pro iudicato manum inicio.*

Voigt hat denn auch in einem späteren Werke[1]) die Richtigkeit dieser Darlegung selbst eingeräumt. Statt aber Gai. 4, 21 als Zeugen für seine unerweisliche Lehre preiszugeben, glaubt er sich die Stelle dadurch dienstbar zu machen, daß er den Verfasser ohne weiteres einer Ungenauigkeit, u. z. der „Breviloquenz" beschuldigt. Allein solche Art der Quellenbehandlung hat nur den einen Vorzug, bequem zu sein; Behauptungen auf solcher Grundlage sind natürlich ohne alle werbende Kraft. Daher reicht schon einfacher Widerspruch hin, sie völlig aus dem Felde zu schlagen. Indessen möchte ich bei der Verneinung doch nicht stehen bleiben und wiederhole darum die obige Frage, wer wohl der Legisactio *iudicati* unterlag, ohne durch ein Judikat im eigentlichen Sinn verpflichtet zu sein?

Auf die rechte Spur führen m. E. einige Äußerungen von Cicero und Ulpian. An einer Stelle der Cluentiana (41, 115f.), wo dem Redner viel daran liegt, das Gewicht der im Schätzungsverfahren gefällten Richtersprüche möglichst zu verringern[2]), lesen wir über die öffentlich-rechtliche *litis aestimatio*, die sich in Repetundensachen der Verurteilung im Hauptprozeß anschließt, folgendes:

> *Hic profertur id, quod iudicium appellari non oportet, P. Septimio Scaevolae litem eo nomine*[3]) *esse aestimatam . cuius rei quae consuetudo sit, quoniam*

[1]) Die XII Tafeln 2, 657, 17; anders Bedeutungswechsel 146. — [2]) In entgegengesetzter Richtung übertreibt Cic. p. Rab. Post. 9—11. 37. — [3]) Dazu Cic. in Verr. a. pr. 13, 38: . . *quod P. Septimio senatore damnato Q. Hortensio praetore de pecuniis repetundis lis aestimata sit eo nomine, quod ille ob rem iudicandam pecuniam accepisset,* . . . Über die Streitschätzung zu Lasten des im Hauptprozesse verurteilten Bekker, Aktionen 1, 300ff., Mommsen, Strafrecht 724ff.

apud homines peritissimos dico, pluribus verbis docere non debeo. numquam enim ea diligentia, quae solet adhiberi in ceteris iudiciis, eadem reo damnato adhibita est; in litibus aestimandis fere iudices .... et hoc cotidie fieri videmus, ut reo damnato de pecuniis repetundis, ad quos[1] *pervenisse pecunias in litibus aestimandis statutum sit, eos idem iudices absolvant; quod cum fit, non iudicia rescinduntur, sed hoc statuitur, aestimationem litium non esse iudicium.*[2]

Während der letzte Satz der *litium aestimatio* die Prozeßeigenschaft und damit auch das „Urteil" geradezu abspricht, zeigen andrerseits die Anfangsworte der angeführten Stelle, daß es wohl allgemein üblich war, auch das Anhangsverfahren, das dem Repetundenprozeß folgte, *iudicium* zu nennen; und Cicero selbst huldigt unwillkürlich demselben Sprachgebrauch, wenn er die Streitschätzung in Gegensatz bringt zu den *cetera iudicia,* und wenn er ferner, wie er nicht anders konnte, die Geschworenen auch in ihrer „ästimierenden" Tätigkeit als *iudices* bezeichnet.

Genau so schwankend wie Cicero über die öffentlichrechtliche, äußert sich Ulpian im Ediktskommentar zur Actio *confessoria ex c. primo legis Aquiliae* über die private *litis aestimatio* (D. 9, 2, 25, 2):

> *Notandum, quod in hac actione, quae adversus confitentem datur, iudex non rei iudicandae, sed aestimandae datur: nam nullae partes sunt iudicandi in confitentes.*

Ulpian nennt den Schiedsmann, der in der alten Legisactio[3] als *iudex arbiterue* postuliert wurde (Prob. 4, 8), in Übereinstimmung mit Gaius (4, 12. 19) schlechtweg *iudex;* dessenungeachtet will er keine eigentliche *iudicatio* des Schätzungsrichters anerkennen, offenbar deshalb, weil nach der Confessio in der Regel kein Streit zu entscheiden war über Dasein und Grund des Anspruchs, der Jurist aber gerade

---

[1]) Über das Nachverfahren gegen dritte Empfänger Mommsen a. O. 731 f. — [2]) Vgl. hiezu das Repetundengesetz CIL. I n. 198, Z. 4. 6 (auch Z. 41), das dem Gericht zuweist *ioudicium ioudicatio leitisque aestumatio.* — [3]) Hiezu oben S. 85 und ebenda A. 3.

hierin den Kern der Richtertätigkeit sehen mochte. Andrerseits würde Ulpian gewiß über Mißverständnis seiner Worte geklagt haben, wenn jemand aus ihnen hätte folgern wollen, daß der Spruch des Schätzungsrichters nicht wie jedes andere Leistungsurteil dem siegreichen Kläger eine vollstreckbare Forderung verschafft habe.[1])

In der Wirkung stimmen also ohne Frage *iudicium* und *arbitrium* völlig überein; trotzdem hat die Terminologie der Juristen allem Anschein nach von jeher, nicht erst von der Zeit Ciceros ab, den Unterschied scharf betont in der Spruchtätigkeit des Judex und des Arbiter *liti aestimandae.* Zum Beweis hiefür dienen mir die zwei Gaianischen Formulare der Legisactio *iudicati per manus iniectionem.*

Vollstreckbar gegen den Schuldner ist vom Anfang an auch die Sentenz des Schätzungsrichters; auch aus ihr entspringt die *actio iudicati.* Doch kann sich der siegreiche Kläger nicht auf *iudicatio* berufen, um den Griff auf die Person des Schuldners zu begründen; er muß sich begnügen mit der Behauptung, der Gegner sei „ihm damniert", d. h. in rechtlich wirksamer Weise für „schuldig erklärt" worden. Im Bestreitungsfall war sodann die Herkunft der *damnatio* aus einem Arbitrium nachzuweisen, dessen Grundlage wiederum entweder eine auf *ipsa res* (Gai. 4, 48) lautende Condemnatio sein konnte oder eine gleichartige Confessio in Jure.

Um endlich darzutun, daß die Bindung durch den Arbiterspruch zutreffend als *damnatio* zu bezeichnen war, ist nur zu erinnern an das oben über den Grundwert des Wortes gesagte, da lediglich diese Bedeutung auch hier in Frage steht. Empfehlen dürfte es sich übrigens, der Annahme besonders entgegenzutreten, als wollte ich das *damnare* vorzugsweise auf Sprüche beziehen, die nicht als Ausfluß einer eigentlichen Judicatio erscheinen. Natürlich wäre es verkehrt, dergleichen zu behaupten, da bekanntlich wie *damnare* so auch *condemnare* außerordentlich häufig gesetzt ist, wo

[1]) Mommsen a. O. 832, 1 erklärt Ulpians Ausdrucksweise für „nicht ganz genau", indem er bemerkt: „Das Recht zu verurteilen kann auch in diesem Fall dem Geschwornen nicht gefehlt haben." S. auch oben S. 69 A. 1.

ein oder mehrere „judizierende" Richter in Straf- oder Privatsachen zu ungunsten des Verklagten sprechen. Nicht minder unrichtig wäre es aber, den Wortgebrauch auf diese letzteren Fälle beschränkt zu denken. Dagegen beweist schon die *condemnatio*, die dem Schiedsrichter zugeschrieben wird[1]), während ihm doch der Name *iudex* in genauer Rede versagt bleibt.

Von dem obrigkeitlich zugelassenen *iudex arbiterue*, der nach gefälltem Urteil zur Abschätzung in Geld berufen ist, um dem Sieger die Zwangsvollstreckung möglich zu machen, handelt Sex. Caecilius bei Gell. 20, 1, 38:

> *Nam si reus, qui depecisci noluerat, iudici talionem imperanti non parebat, aestimata lite iudex hominem pecuniae damnabat, ...*

Der Jurist bestätigt mit diesen Worten genau und unzweideutig die hier vertretene Ansicht, daß der bloß aestimierende Richter ebenso „damniert" wie der judizierende.

Dies Ergebnis wird man wohl beachten müssen bei der Würdigung einer oft angeführten Äußerung von Cicero pro Rab. Post. 4, 8:

> *Est .. haec causa 'quo ea pecunia pervenerit' quasi quaedam appendicula causae iudicatae atque damnatae.*

Die letztere *causa* ist die des A. Gabinius, den die Geschworenen im Repetundenprozeß verurteilt und dem sie sodann die „Streitsachen abgeschätzt" hatten. Beides steht vollkommen fest, und auch die obigen Schlußworte deuten, wie mir scheint, auf diese beiden Ereignisse hin. Denn befriedigen kann weder die Annahme eines Pleonasmus, noch die Auffassung, daß der zweite Ausdruck den ersten nur näher bestimme, also hervorhebe, daß das Urteil verurteilend gelautet habe. Demnach wird wie das *iudicare* auf die Sentenz im Hauptprozeß, so das *damnare* auf die Sprüche im Schätzungsverfahren zu beziehen sein.

Von den Belegstellen, deren sich Voigt bedient, bleiben noch übrig das Schiedsurteil der Minucier vom J. 637 d. St.

---

[1]) Von Cass. Paul. D. 4, 8, 19, 2, Jul. Ulp. D. 4, 8, 27, 3, Ulp. D. 12 6, 26, 10.

(CIL I n. 199) Z. 43 und Paul. Diac. ex Festo v. *addicere* (p. 13). Die genannte Inschrift enthält folgenden Satz:

Vituries quei controvorsias Genuensium ob iniourias iudicati aut damnati sunt, sei quis in vinculeis ob eas res est, eos omneis solvei mittei leiberareique Genuenses videtur oportere . . .

Eine sichere Deutung dieser Bestimmung ist schwerlich erreichbar, weil die Maßnahmen, in die das Schiedsgericht hier mit dem Befreiungsbefehl eingreift, auf der Grundlage einer Rechtsordnung getroffen waren, von der wir nicht das mindeste wissen. Die Genuenser hatten nämlich um das Jahr 637 weder römische noch überhaupt latinische Ordnungen im Gebrauch; als Bürger einer föderierten Peregrinengemeinde lebten sie nach ihrem eigenen Rechte.[1]) Freilich waren wenigstens die Urheber des Schiedsurteils Römer, u. z. Kommissare des Senats, die sich auch in der ihnen geläufigen Rechtssprache ausdrücken; allein das Verständis unserer Stelle ist hiedurch kaum erleichtert.

Anscheinend stellt der obige Text einander gegenüber die *controvorsias*[2]) *iudicati* einerseits, die *damnati* andrerseits, während sich die Worte *Genuensium ob iniourias* (d. h. wegen der den G. zugefügten „Injurien") auf beide Arten zusammen beziehen. Von dieser Annahme ausgehend versteht schon Rudorff[3]) unter den an zweiter Stelle genannten Viturier, die auf ihr Geständnis hin damniert waren. Wer aber hatte sie damniert und was hatte man ihnen aufgelegt? Nach Rudorff waren es die Genuenser Magistrate, die Einschließung im öffentlichen Kerker angeordnet hatten. Träfe das zu, so hätten wir es allerdings mit einer amtlichen Damnation zu tun, trotzdem aber mit einem Spruche, der gar nichts gemein hat mit dem Voigtschen Begriff.

Indessen wäre es vielleicht zulässig, die bezeugte Einkerkerung als Schuldhaft aufzufassen und diese wieder als Folge einer auf Geld lautenden Judikation oder Damnation.

---

[1]) S. Mommsen, CIL [1] I p. 73, Rudorff, Ztschr. f. R.-G. 1, 193. Es muß irreführen, wenn Schloßmann, Schuldrecht 152, 2 von einem „Provinzialrechte" spricht. — [2]) Über diesen Accusativ Mommsen CIL [1] I p. 74 z. Z. 42. — [3]) Ztschr. f. R.-G. 1, 193.

In den Geltungsbereich des römischen Rechts übertragen würde aber diese Damnation nichts anderes sein als eine im konfessorischen Prozeß vom Schätzungsrichter gefällte Sentenz. Mithin gelangen wir auch auf diesem zweiten Wege keineswegs zu dem magistratischen Spruche, den M. Voigt ersonnen hat; wie denn überhaupt die Inschrift selbst nicht den geringsten Anhalt bietet für die Ermittlung des Urhebers der in ihrem Texte genannten Damnatio.

Die Stelle des epitomierten Festus p. 13 ist in ihrer ersten Hälfte früher (III) schon eingehend gewürdigt. Der Artikel sagt uns, *addicere* sei im eigentlichen Sinne *(proprie)* gleich einem *approbare dicendo*; dann heißt es weiter:

alias addicere damnare est.

Zu diesem zweiten Satze bemerkt Voigt[1]): „Festus erklärt die bei der Vindicatio Platz greifende Pronuntiatio" (nämlich die Addictio) „durch eine Parallelisierung mit der bei der persönlichen Klage eintretenden". Sollte Voigt der Meinung sein, den Festusartikel hiemit auszulegen, so müßte ich das eine arge Selbsttäuschung nennen. Paulus-Festus gibt überhaupt keine „Erklärung" eines bestimmten Sprachgebrauchs, er stellt auch keine Vergleichung an; vielmehr reiht er einfach zwei verschiedene Bedeutungen von *addicere* an einander: die ursprüngliche und eine abgeleitete. Wie die letztere *(addicere = damnare)* entstanden sein mag, das ist jetzt leicht zu ersehen aus dem neuen Thesaurus der lateinischen Sprache (I 575). Den Ausgangspunkt hat wohl die Verwendung von *addicere (aliquem alicui rei)* im Sinne von „wozu bestimmen", „weihen" *(dicare)* gebildet. War es häufig ein Übel, namentlich ein Strafübel, dem eine Person verfallen sollte, so lag es sehr nahe, *addicere* ebenso wie *damnare* zu verstehen und es fernerhin im gleichen Sinn auch zu gebrauchen, ohne die Strafe oder den sonstigen Nachteil, wozu addiziert wird, im Dativ beizufügen.[2])

---

[1]) XII Tafeln 2, 651, 5. — [2]) Hiefür hat der Thesaurus I, 575. 578 allerdings Belege erst aus Tertullian und den späteren. (Aus der juristischen Literatur wäre die Interpretatio zu Paulus und zum C. Theod. nachzutragen). Es ist wohl möglich, daß Festus das zusatzlose *addicere = damnare* noch nicht kannte.

Von den Zeugnissen, die Voigt aufführt, sind also alle ohne Ausnahme unbrauchbar, die bekämpfte Lehre zu stützen. Obwohl völlig haltlos, hat die behauptete magistratische Damnation doch selbst in Kompendien Aufnahme gefunden; daher mir eine genauere Widerlegung unentbehrlich schien. Übrigens ist das Ergebnis der vorstehenden Kritik nicht bloß verneinend. Namentlich hat sich Varros Bemerkung l. l. 6, 30 als unanfechtbar erwiesen. Damit sind wir wieder vor die Frage gestellt, welches von den drei Worten für den prätorischen Spruch gewählt war, der zur streitlosen Legisactio *certa in personam* oder wenigstens zum Anerkenntnis einer Geldschuld hinzutrat?

Die bisherigen Erörterungen dürften eine genügende Grundlage abgeben für zwei Behauptungen. Die eine betrifft das Kernwort *dico* und schließt dieses von der Verwendung in unserem Falle aus. Die zweite nimmt einige Wahrscheinlichkeit in Anspruch für den Gebrauch der Addictio bei der gerichtlichen Confessio eines *dare oportere*.

Was das *dicere* anlangt, so ist dieses Wort dazu bestimmt, amtliche Verfügungen zu tragen, die zwar zur Ergänzung der legitimen Parteienaktion dienen, die aber insofern selbständig sind, als ihnen eigener Inhalt zukommt.[1]) Hingegen kann bei der Confessio für den Beamten kaum eine andere, an die drei Worte gebundene Betätigung gefunden werden als der Ausspruch seines Einverständnisses, sei es durch Zulassung der beabsichtigten Aktion, sei es durch Genehmigung der vollzogenen. Die letztere Form, das will sagen: die der Addictio ist uns von der Injurezessio her wohlbekannt. Daß sie auch beim Schuldanerkenntnis im Gebrauche war, dafür haben wir allerdings kein Zeugnis. Daher ist die Zurückhaltung von Degenkolb[2]) gerechtfertigt,

[1]) S. oben S. 6 ff. 36 ff. 81. — [2]) Einlassungszwang 285. Die in diesem Buche (265 ff.) eingehend erörterte Frage, ob die streitlose Legisactio *in personam* eine anerkannte Geschäftsform für die Begründung von Obligationen war, ist im Texte nicht berührt, weil ich in diesem Punkte das Stillschweigen der Quellen für ganz schlüssig erachte. Auch die Darstellung von Gai. 2, 38 f. ist nicht ohne Bedeutung. Ihr zufolge konnte die Confessio in Jure die Stipulation nicht ersetzen, um eine Aktivdelegation durchzuführen. Die Anhänger der entgegen-

der seine Meinung über die Formfrage eigentlich nur erraten läßt. Wollen wir aber auf die Beantwortung nicht ganz verzichten, so kommt für unsere Legisactio gewiß kein anderes Vorbild in Betracht als das der Injurezessio.

Zwar scheint es mir nicht begründet, Schuldanerkenntnis und gerichtliche Zession zusammenzufassen in einem allgemeineren Begriffe der „Confessio"; doch ist damit keineswegs jede Verwandtschaft der beiden Geschäfte in Abrede gezogen. Das gemeinsame steckt unverkennbar in dem hier wie dort förmlich geäußerten Verzicht auf prozessualischen Widerstand. Bei der Actio *in rem* ist die Erklärung des mit der Rechtsbehauptung angesprochenen geradezu gerichtet auf diesen Verzicht, bei der Actio *in personam* ist er mitenthalten in dem Anerkenntnis, daß die geltend gemachte Forderung zu Recht bestehe. Freilich kann auch der soeben berührte Unterschied nicht etwa für bedeutungslos gelten. Hätten wir, wie bei der Zessio so auch bei der Confessio *debiti* eine Zwischenfrage des Magistrats anzunehmen, — was ganz unsicher ist — so wäre sie doch nicht so zu fassen, wie es dem für das dingliche Geschäft bezeugten Muster entspräche *(an contra vindicet — an neget)*; denn die Antwort mit ihrer Bejahung des klägerischen Anspruchs würde schlecht passen zu einer Frage des Beamten: *anne tu neges.* Denkbar wäre allenfalls eine alternative Fassung, die auffordern mochte zum leugnen oder anerkennen. Doch wie dem auch sei, dahin führt uns der hier festgestellte Unterschied der beiden Geschäfte gewiß nicht, die obrigkeitliche Bekräftigung, die für das eine bezeugt ist, für das andere als mit dessen Wesen unverträglich abzuweisen.

Wenn der Vorschlag, mit der Confessio *debiti* eine Addictio zu verbinden, außer bei Degenkolb kaum noch irgendwo begegnet, so hängt das zweifellos mit der oben bekämpften Neigung unserer Schriftsteller zusammen, in jedem *addicere* eine Zuwendung zu finden. Bei der Injurezessio schien ein „Zuspruch" des Beamten wohl angebracht, weil man fälschlich die Parteienaktion ihrem Inhalte nach

---

gesetzten Ansicht nennt Kipp in Pauly-Wissowa R. E. III 2002; sein eigenes Urteil in der Sache trifft, wie ich glaube, durchaus das richtige.

für unzureichend hielt, den Erwerb des Vindikanten zu begründen. War die Zession nur ein „Zurückweichen" des bisherigen Eigentümers, so mußte freilich noch eine Aktion des Beamten hinzutreten, um die beabsichtigte Rechtsübertragung hervorzubringen. Dagegen war begreiflich beim Schuldanerkenntnis schlechterdings kein Platz zu finden für eine Addictio im Sinn eines Zuwendungsspruchs, weil hier schon die Legisactio der Parteien allein den Geschäftsinhalt völlig erschöpft. Halten wir aber fest an der auf S. 14. 25 ff. eingehend verteidigten Lehre, die den Rechtserfolg auch bei der Injurezessio wesentlich ableitet aus der Handlung der beteiligten Bürger, während der Magistrat nur die schon von den Parteien vollständig gesetzte Ordnung namens der Gemeinde bestätigt, so schwindet sofort der Schein, als ob sich die Addictio gerade dazu besonders eignete, die dingliche Rechtsübertragung zu ergänzen. Andrerseits fällt damit auch jedes Bedenken weg gegen die Verbindung desselben prätorischen Wortes mit dem Schuldanerkenntnis.

Soweit wir heute urteilen können, hatten die alten Aktionenverfasser keinen Grund, für die amtliche Bekräftigung der Confessio *debiti* eine andere Ausdrucksform zu wählen als die den Parteisprüchen nachfolgende Addictio. Hiedurch ist freilich nur ermittelt, was passend hätte geschehen können, nicht was wirklich geschehen ist. Eine verlässige Lösung auch der letzteren Frage wäre erst möglich, wenn es gelänge, den Gebrauch des prätorischen Kernworts *dare* bei der Confessio mit Sicherheit auszuschließen. Daher werden wir uns einstweilen damit bescheiden, die behauptete Verwendung der Addictio als recht wahrscheinlich zu bezeichnen.

Widerspruch aber dürfte gegen diese Aufstellung am wenigsten erhoben werden vom Standpunkt der zurzeit noch unbestrittenen Lehre, die einen weiten Begriff der gerichtlichen Confessio kennt und ihn ebenso auf Vindikationen bezieht wie auf Actiones *in personam*. Denn darnach dürfte man füglich vermuten, daß auch in der äußeren Form zwischen der Confessio in diesem und jenem Fall kein erheblicher Unterschied bestand. Und in der Tat konnte auch dem hier vertretenen Vorschlag bisher nur éines hindernd im Wege

stehen: die Auffassung der Addictio als Zuwendungsspruch. Dieses éine Hindernis aber ist — wie ich meine — durch die in der vorliegenden Arbeit S. 10ff. versuchte Feststellung des Grundwerts von *addicere* restlos weggeschafft.




Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren

Mit Beiträgen

zur Lehre von der Einlassung und vom gerichtlichen Anerkenntnis

Römischrechtliche Studien

von

Moriz Wlassak
Professor in Wien

Zweiter Teil



Weimar
Hermann Böhlaus Nachfolger
1907



Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren

Mit Beiträgen

zur Lehre von der Einlassung und vom gerichtlichen Anerkenntnis

Römischrechtliche Studien

von

Moriz Wlassak
Professor in Wien

Zweiter Teil



Weimar
Hermann Böhlaus Nachfolger
1907

Sonderabdruck
aus der
Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte
Band XXVIII. Romanistische Abteilung.

Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren.*)

Römischrechtliche Studien, mit Beiträgen zur Lehre von der Einlassung und vom gerichtlichen Anerkenntnis.

(Fortsetzung.)

XV.

Die *manumissio vindicta.* — Die Formen.

Unter den Legisactionen, denen die Quellen eine amtliche Addictio zuschreiben, steht die Manumissio *vindicta* der gerichtlichen Zession am nächsten. Wäre es ausgemacht, daß sich diese Freilassung noch den klassischen Juristen lediglich als eine Abart der Injurezessio darstellte, so könnte hinsichtlich des prätorischen Beispruchs ohne weiteres auf frühere Ausführungen verwiesen werden. Allein nach dem Stand unserer Überlieferung ist das Wesen der gerichtlichen Manumission nicht leicht mit voller Sicherheit zu ermitteln; daher denn auch die Ansichten der heutigen Schriftsteller in einem wichtigen Punkte auseinandergehen.

---

*) Auf Wunsch des Herrn Verfassers wird hiermit bemerkt, daß das Manuskript der nachstehenden Abhandlung bereits im November 1906 an die Redaktion dieser Zeitschrift eingeliefert worden ist, jedoch wegen Raummangels in den vorjährigen Band nicht mehr aufgenommen werden konnte. Infolge dieses Sachverhalts ist die Berücksichtigung der Literatur als mit dem Herbst 1906 abgeschlossen zu betrachten.

Die Redaktion.

Die meisten[1]) denken sich den Vorgang bei der Stabfreilassung genau nach dem Vorbild der gerichtlichen Zession geformt.[2]) Auf die Vindicatio *in libertatem* des Assertors antwortet der Herr des Sklaven, statt mit der Vindicatio *in servitutem*, mit einem Anerkenntnis, indem er stillschweigt; der Magistrat aber fügt abschließend seine Addictio hinzu, wofür die moderne Wissenschaft, wie bei der Zession, recht verschiedene Deutungen hat.[3]) Dem einen erscheint sie als Zuspruch der Freiheit, dem anderen nur als Feststellung des von den Parteien gesetzten Aktes, noch anderen endlich als amtliche Bestätigung der Geschäftswirkung.

Zu Bedenken gegen das angenommene Nahverhältnis der Zession und der gerichtlichen Freilassung ist noch kein Anlaß, wenn wir aus verstreuten Bemerkungen in den Quellen allerhand Formalien kennen lernen, die, Gaius zufolge, dem allgemeineren Geschäftstypus fremd sind, während sie der Manumission angehören.

So erhalten wir Kunde[4]) von einer Pantomime, die der Freilasser ausführt, indem er dem Sklaven einen Backenstreich versetzt und ihn im Kreise herumdreht. Beides läßt

---

[1]) Z. B. Keller, Institutionen 211 f. Ad. Schmidt, Pflichtteilsrecht d. Patronus 128, 12. Bechmann, Der Kauf 1, 554 f.; Legisactio sacram. 10. Pernice, Ztschr. f. R.-G. R. A. 18, 40, 3; Labeo [2] II. 1, 369, 2. Sohm, Institutionen [11] 56, 6. 167. v. Czyhlarz, Institutionen [8] 49. Cuq, Institutions juridiques [1] 1, 182. 441. Degenkolb, Tübinger Festgabe f. Jhering 142 f. 147. 151. Girard Manuel [4] 117. — [2]) Alle Neueren sehen in der Stabfreilassung wie in der gerichtlichen Zession einen „Scheinprozeß" (z. B. Mommsen, Degenkolb, Girard, Schloßmann), m. E. zu Unrecht und gegen die Quellen; vgl. Ztschr. f. R.-G. R. A. 39, 403, 1. Die genauere Rechtfertigung meines Widerspruchs folgt weiter unten im Abschnitt XXIV. — [3]) Siehe oben S. 26 Anm. 1. — [4]) Die Belege bei Unterholzner, Ztschr. f. gesch. Rechtswissenschaft 2, 148 ff. oder Keller, a. a. O. 211 f. Übrigens ist die Beziehung der *alapa* (Anspielungen schon bei Phaedr. 2, 5, 25 und Petron 38) und *vertigo* (vgl. auch CIL. X n. 3147 und dazu Mommsen p. 309) gerade auf die Manumissio *vindicta* in den meisten Stellen willkürlich, in dem Falle bei Appian b. c. 4, 135 sogar ausgeschlossen. Es kann sich da nur um Freilassung *inter amicos* handeln. Beweisend für die gemeine Meinung ist am ehesten Pers. 5, 75 f. (. . *una Quiritem vertigo facit*), wenn man den Dichter beim Worte nehmen darf, und aus byzantinischer Zeit Justinian C. I. 8, 48, 6 (Kr.); Nov. 81 praef.

man mit gutem Fug der Vindicatio *in libertatem* und der vermuteten Zwischenfrage des Beamten nachfolgen. Allein schon das ist zweifelhaft, ob diese symbolischen Handlungen jemals rechtlich geforderte Formalien waren[1]); und keinesfalls dürfen sie Bedeutung beanspruchen für die Würdigung des juristischen Gehalts der Manumissio. Denn der Schlag soll doch nur erinnern an die knechtische Vergangenheit des Stichus, während das Umdrehen die bevorstehende Änderung dieses Zustandes ankündigt.

Weiters weisen die Pandekten den unbefangenen Leser auf eine Tätigkeit des Manumissors hin, die wohl vor die Freiheitsvindikation gesetzt werden muss. Mehrere Fragmente[2]) lassen nämlich den Herrn, ebenso wie den Assertor,

---

[1]) Wie zur Freilassung mit dem Stab *alapa* und *vertigo*, so gehört nach Appian Mithrid. 2 und Diocl. C. I. 7, 2, 10 zur testamentarischen die *impositio pillei*. Hier aber ist die rechtliche Unerheblichkeit der Zutat außer Streit: Diocl. l. c. (Entstellt ist der Text dieses Erlasses in den älteren Ausgaben: . . *non solum* . . *sed et*. Bei Krüger sollte nach *libertate* ein Komma stehen.) Das Aufsetzen der Freiheitsmütze ist sicher sehr alt; schon Polyb. 30, 16 (wohl die Vorlage Appians l. c.; s. auch Liv. 45, 44 in f.) kennt es. Wie verbreitet der Brauch war, das erweist die Redensart *servos vocare ad pilleum* (z. B. Sen. ep. 47, 18. Suet. Tib. 4) und Suet. Nero 57; bei Liv. 24, 16, 9. 18 begegnet er auch im Zusammenhang mit einer Freilassung öffentlichen Rechts (dazu unten S. 123, A. 1); als selbständige Form anscheinend bei der Entlassung (m. E. bestenfalls in die Latinität) des zur Fechtschule verurteilten *servus poenae* (Ulp. Coll. 11, 7, 4: . . *post quinquennium pilleari* . . . *permittitur;* Mommsen, Strafrecht 954 f.). Eine privatrechtliche Manumissio *per pilleum,* wie sie Sohm a. a. O. [11] 169 annimmt, ist nicht nachweisbar. Jedenfalls ist die von Justinian C. I. 7, 6, 1, 5 geordnete Einrichtung nicht als Freilassung, sondern als gesetzliche Befreiung gedacht; s. Ztschr. f. R.-G. R. A. 39, 373 f. — [2]) M. Voigt, XII Tafeln 2, 72 f., 7 und Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte 2, 133, 3 berufen sich auf Tryph. D. 49, 17, 19, 4, Paul. D. 40, 1, 14, 1, Ulp. D. 40, 12, 12, 2 (vgl. auch Zimmern, Rechtsgeschichte 1, 744, 15 und Bethmann-Hollweg, Zivilprozeß 1, 138, 16). Zu kühn erschiene es mir, die Phrase *dominus vindictam imponit* zu übersetzen: der Eigentümer läßt den Stab (durch den Assertor) auflegen. Keine genügende Stütze für diese Erklärung, welche die genannten Gelehrten gar nicht in Rechnung ziehen, bildet das häufig vorkommende *vindicta liberare* des Herrn (z. B. Tacit. Annal. 13, 27. Plin. ep. 7, 16, 3. Iul. D. 40, 2, 5. CIL. X n. 7457); denn auch hier fragt es sich, wessen *vindicta* ursprünglich gemeint war. Dagegen vermag ich Karlowa nicht beizu-

einen Stab auf den Sklaven legen. Daneben wird man ein gleichzeitiges Anfassen mit der Hand getrost behaupten dürfen, auch wenn hiefür unmittelbar brauchbare und einwandsfreie Belege[1]) nicht zu Gebote stehen. Gaius 4, 16 schildert allerdings nur das Streitverfahren, und in der *manus*, aus der der Herr den Sklaven entläßt (*⟨e⟩mittit*), wollen jetzt viele Gelehrte[2]) nicht die „Hand" erkennen, die zurückgezogen wird, sondern das „Gewaltrecht" des Hausvaters. Entscheidend aber dürfte die Erwägung sein, daß die Aktion der beiden beteiligten Bürger sicherlich vom Grundsatz der

---

treten, wenn er (wie Voigt, der noch Pers. 5, 125 heranzieht) seinen Belegen Gord. C. I. 2, 30, 2 (Kr.) hinzufügt. Der Kaiser spricht von der *vindictae impositio, qua libertas iusta munitur*, und dieser Zusatz empfiehlt sicher mehr die Beziehung auf den Assertor; vgl. Fest. p. 340 (*Sertorem*), Pers. 5, 175 nebst dem Scholion und besonders Boeth. in Cic. top. Or. p. 288, der den Namen der Stabfreilassung aus der *virgula* des Freiheitsvindikanten erklärt. Die Meinung von Voigt, das von den Juristen bezeugte *vindictam imponere* des Herrn sei „eine juristisch überflüssige Solennität" gewesen, weist Karlowa a. a. O. zurück.

[1]) Paul.-Fest. p. 159 gehört, wie sich zeigen wird, nicht hieher. Isidor orig. 9, 4, 48 und das Scholion zu Pers. 5, 75 (über die Entstehungszeit der Scholien s. Bücheler zum Persius [2] von O. Jahn), Äußerungen, die entweder von einander abhängen oder aus gemeinsamer Quelle stammen, beschreiben eine *manumissio*, die nicht gerade die Stabfreilassung sein muß. Indessen ist es gar nicht unwahrscheinlich, daß die (wohl ältere) häusliche (*inter amicos*) Freilassung, die zuerst nur tatsächliche Freiheit gab, und die gerichtliche in den Formen zum Teil übereinstimmten. Zu App. b. c. 4, 135 (*. . τῆς δεξιᾶς λαβόμενος*) s. oben S. 110, A. 4. — [2]) M. Voigt, XII Tafeln 2, 70f., dazu 83ff., stützt sich hauptsächlich auf Ulp. D. 1, 1, 4 (= I. 1, 5 pr.): *. . . est autem manumissio de manu missio ⟨id est datio libertatis:⟩ nam quamdiu quis in servitute est, manui et potestati suppositus est, manumissus liberatur potestate.* Doch hat das Fr. wenig Gewicht, selbst wenn die in Klammern gesetzten Worte, die ich für ein Glossem halte, echt sein sollten. Übrigens scheint Ulpian unter der *manus*, die er neben der *potestas* nennt, die physische Gewalt zu verstehen. Jhering (Geist [3] II 1 § 32; Entwicklungsgeschichte 95 f.), der nach Gans, Christiansen, Roßbach den umfassenden Manusbegriff (= „Macht des Hausherrn schlechthin") verteidigt, übersetzt unter dem Einfluß von Paul.-Fest. p. 159 (Geist [3] II 2 § 47 z. A. 784; anders II 1 S. 163) *e manu mittere* doch mit „Loslassen aus der Hand". Ähnlich Mommsen, Jur. Schriften 1, 330, 133 („Entlassung aus der Hand des Herrn").

„Formenkorrespondenz" beherrscht war. Wenn sich der Freilasser erweislich der *vindicta* in derselben Weise zu bedienen hatte wie der Assertor, und wenn von diesem wieder berichtet[1]) wird, er habe seinen Namen vom *adserere manum* oder *manu,* so spricht wohl alle Wahrscheinlichkeit für das Handanlegen auch seitens der Gegenpartei.

Mithin war die Mitwirkung des Manumissors vermutlich folgendermaßen gestaltet: vor der Vindikation legt er den Stab auf und faßt zugleich den Sklaven an, nachher läßt er ihn los und zieht dabei ohne Zweifel auch den Stab zurück.[2])

Die Freilassung zeichnet sich also gegenüber der gerichtlichen Zession hauptsächlich durch die, das Stillschweigen des Manumissors begleitende Pantomime aus. Diese aber ist nicht dazu angetan, im Aufbau des Geschäftes den Schwerpunkt zu verrücken und eine Wesensänderung zu begründen, da sie im unmittelbaren Anschluß an die Freiheitsvindikation doch keinen anderen Willensinhalt aufweist als den, der schon durch das schlichte Schweigen zum Ausdruck gelangt. Nur etwas deutlicher läßt die wortlose, reale Aktion den Entschluß des Herrn erkennen, auf die prozessualische Geltendmachung eines Gegenrechts dauernd zu verzichten.

Übrigens ist auch das noch zu erwägen, ob uns nicht die reichlichere formale Ausstattung der Freilassung einigermaßen das Bild der Gerichtszession vor Augen führt, wie sie beschaffen war in der vorklassischen Epoche.

Gut beglaubigt (Gai. 4, 16) ist wie das Stabauflegen so das beiderseitige Anfassen für das Streitverfahren, in dem es freilich bedingt war durch die beiden Parteien vorgeschriebene Vindicatio. Doch liegt der Gedanke nicht fern, daß es in älterer Zeit geboten, zum mindesten aber üblich sein mochte, den Verzicht auf die Gegenvindicatio auch beim Übertragen des Eigentums durch das Fahrenlassen der anfänglich ergriffenen Sache zu verdeutlichen.[3]) Der spätere

---

[1]) Varro l. l. 6, 64. Fest. p. 340 *(Sertorem).* — [2]) Ganz anders Karlowa, Rechtsgeschichte 2, 133. — [3]) Vgl. auch Schloßmann, Iniurecessio und Mancipatio (Kieler Universitätsschrift 1904) 76—78. Das Stabauflegen ist anscheinend bei der Eigentumszession niemals üblich gewesen; s. unten S. 146.

Wegfall einer von vornherein nicht unentbehrlichen Förmlichkeit bedarf wohl keiner besonderen Erklärung. Eher könnte man fragen, weshalb dieselbe Vereinfachung nicht auch der Freilassung zugute kam? Vermutlich war dabei der von alters überlieferte Name *manumissio* von Einfluß und andernteils der Wunsch, die Aktion, die dem Sklaven die Freiheit verschafft, diesem gegenüber möglichst eindrucksvoll zu gestalten.

XVI.

Freilassungen mit und ohne Freispruch.

Nicht alle neueren Gelehrten beurteilen das Verhältnis der Stabfreilassung zur Injurezessio so wie es hier geschehen ist. Für eine abweichende Auffassung kann man sehr scheinbar den epitomierten Festus p. 159 als Zeugen anrufen:

> *Manumitti servus dicebatur, cum dominus eius aut caput eiusdem servi aut aliud membrum tenens dicebat: hunc hominem liberum esse volo, et emittebat eum e manu.*

Manche Schriftsteller, so Puchta[1]) und Leist[2]) fügen die nach dieser Glosse dem Herrn zukommende Erklärung als Antwort auf die Vindikation des Assertors den anderen Förmlichkeiten hinzu, ohne einen Zweifel an der Zulässigkeit dieser Einschaltung anzudeuten. Genauer beachtet ist der mitgeteilte Text erst neuerdings von Schulin[3]) und Karlowa.[4]) Beide halten zwar an der Zugehörigkeit des überlieferten Spruches zur Manumissio *vindicta* fest, beide aber verwerfen die in der Tat willkürliche Deutung, daß der Spruch nur dasselbe und nicht mehr enthalte, wie das, die Freiheitsbehauptung des Mitspielers anerkennende Schweigen.

Nach Karlowas Ansicht ist vielmehr die Form der Freilassung recht verschieden von der der gerichtlichen Zession. Statt eines „bloßen Geständnisses" und an der Stelle, die sonst dem Geständnis gebührt, bringe sie „eine Willens-

[1]) Institutionen [10] 2, 88 (§ 213). S. auch Vangerow, Latini Iuniani 78 und neuestens E. Costa, Storia del diritto romano 1, 363, 75, Schloßmann a. a. O. 76. — [2]) In Glücks Pand. Ser. d. B. 37. 38 IV 320—325. — [3]) Geschichte des Röm. Rechts 262 f. 367. — [4]) A. a. O. 2, 133. 384. Karlowa folgen Kipp in Pauly-Wissowa R. E. III 2003, Giffard, Confessio 40.

erklärung des Herrn“, richtiger wohl: eine selbständige, auf Rechtsbegründung abzielende Erklärung.

Noch weiter entfernt sich Schulin von der hergebrachten Lehre; er hält das *liberum esse volo* des Herrn nach der Freiheitsvindikation für sinnlos und versetzt daher diesen Spruch, mit dem das Verfahren vor dem Beamten beginne, in einen ersten Abschnitt des Freilassungsgeschäftes, während der zweite genau dem Muster der Injurezessio entsprechen soll.

Ehe ich Stellung nehme zu diesen Ansichten, will ich aufmerksam machen auf ein paar Nachrichten, die man vielleicht zugunsten der Verbindung des Befreiungsspruches mit der Manumissio *vindicta* anführen möchte.

Paulus in den Sentenzen (4, 12, 2)[1]) versagt den Stummen den Gebrauch der Stabfreilassung; man könnte meinen: um deswillen, weil sie außerstande sind, das durch die Geschäftsform gebotene Sprechen zu beschaffen.[2]) Allein der Ausschluß des Stummen ist leicht zu verstehen, auch wenn der Freilasser kein Wort zu sprechen hatte, weil der *mutus* wie der *surdus* seit alters von Rechtswegen für handlungsunfähig galten gleich dem *furiosus*, und demnach die rechtliche Beschränkung des Stummen und Tauben weiter reichte als die tatsächliche.[3]) Für die Formalgeschäfte des Zivilrechts ist diese strenge Ordnung als Regel noch von den jüngsten Klassikern festgehalten; beseitigt ist sie erst durch einen Erlaß von Justinian. Übrigens läßt sich die Entscheidung des Paulus auch dem begreiflich machen, der nur eine verstandesmäßige Rechtfertigung anerkennen will. Das Stillschweigen, wie es bei der gerichtlichen Manumissio gegenüber der Vindicatio des Assertors gefordert ist, kann nämlich zwanglos die Bedeutung eines Verzichts auf die Konträraktion nur bei solchen Personen haben, denen die natürliche Fähigkeit zur Gegenrede nicht mangelt.[4])

---

[1]) S. auch Marcian D. 40, 2, 10. — [2]) So findet es z. B. Arndts in Glücks Pand. 47, 332 durch Paul. l. c. bestätigt, daß bei der Stabfreilassung eine „feierliche mündliche Erklärung des Herrn“ gefordert war. — [3]) Man vergleiche insbesondere Pomp. D. 50, 16, 246 pr., Paul. D. 32, 21 pr. (zu Unrecht verdächtigt von Ferrini Legati 38 u. A.), Ulp. 20, 7. 13 mit Justinian C. I. 6, 22, 10; dazu meine Abh. Ztschr. f. R.-G. R. A. 39, 426 ff. — [4]) Verfehlt wäre es, dem oben gesagten

Das 28. Kapitel der Lex Salpensana[1]) handelt unter der Überschrift: *De servis apud II vir(um) manumittendis* von der Rechtskraft der Freilassungen, die der Munizipalbürger vor der eigenen Obrigkeit vornimmt.

Si quis municeps . . . qui Latinus erit, apud II vir(os) . . . servom suom servamve suam ex servitute in libertatem manumiserit, liberum liberamve esse iusserit . . . qui ita manumissus liberve esse iussus erit, liber esto, quaeque ita manumissa liberave [esse] iussa erit, libera esto, uti qui optumo iure Latini libertini liberi sunt erunt; . . .

Was will hier das *liberum esse iubere* neben dem *manumittere* besagen? Sollte das Gesetz nur éine Geschäftsform regeln (in der wir ohne Zweifel das latinische Abbild der römischen Stabfreilassung erkennen müßten), so dürften die fraglichen Worte immerhin als Beweisgrund gelten für einen auf *liberum esse iubeo* abgestellten Spruch, auch bei der nach römischem Recht vollzogenen Manumissio *vindicta*.

Mommsens Kommentar[2]) aus dem J. 1855 hält zwei Auslegungen für möglich. Entweder sei die Phrase: *liberum esse iubeo* „nichts als eine müßige Wiederholung", oder sie wolle anzeigen, „daß eine beliebig gefaßte Erklärung des Herrn vor dem Beamten zur Erteilung der latinischen Freiheit genügte".

Die letztere Deutung ist sicher sofort abzulehnen. Das Gesetz konnte nicht wohl zwei Manumissionen mit ganz gleicher Wirkung aufstellen, beide an die Gegenwart des Munizipalbeamten binden und dann für die eine noch weitere Formalien verlangen, die bei der anderen ersatzlos weg-

Paul. l. XVI ad edictum D. 50, 17, 124 pr. entgegenzuhalten. Denn diese Stelle darf nicht, wie Lenel, Pal. 1, 993, 7 will, auf die Legisactio bezogen werden. Das verbietet schon Paul. 4, 12, 2; und der Inhalt des Digestenfragments weist auch deutlich auf etwas anderes: auf die amtsrechtliche Interrogatio *in iure*. Vielleicht ist in der Überschrift des cit. fr. l. XVI zu verwandeln in l. XVII; s. Lenel, Pal. 1, 994: Paulus n. 270—272. Unverkennbar ist der Gegensatz der Anschauungen, von denen Pomp. D. 50, 16, 246 pr. und anderseits Paul. im fr. 124 cit. ausgeht.

[1]) CIL. II n. 1963. Bruns Fontes [6] 1, 146. — [2]) Abhandl. der K. S. Gesellschaft d. Wissenschaften 3, 437.

fallen sollten. Aber auch der andere von Mommsen gemachte Vorschlag ist vorlängst als unzulässig zurückgewiesen. Mit Recht nimmt vielmehr Voigt[1]) für Salpensa eine Zweiheit von Freilassungsformen an, von denen die eine der römischen Manumissio *vindicta*, die andere der Manumissio *censu* entspreche. Damit ist eine Erklärung gefunden, die fürs erste befriedigen kann, und der auch Mommsen selbst in der zweiten Auflage seines Kommentars[2]) zustimmt.

Entgegenhalten aber darf man Voigt weder den Verfall des allgemeinen römischen Bürgerzensus unter dem Prinzipat noch den Mangel von Quinquennalen in den spanischen Stadtrechten.[3]) Keine dieser Tatsachen schließt im mindesten die Annahme einer Munizipalschatzung nach latinischem Rechte und einer zugehörigen Freilassung aus. Anderseits konnte das Salpensaner Gesetz mit der Phrase *liberum esse iubere* passend auf eine Manumissio *censu* hinweisen, wenn man das Geschäft bezeichnen wollte nach dem Anteil, der dem Herrn zufällt bei der Befreiung des Sklaven. Denn bei dem vorausgesetzten stadtrömischen Muster erschöpft sich die Tätigkeit des Freilassers in einer Anweisung an den Sklaven, wofür Ulpian (1, 8) gerade den Ausdruck *iussum* gebraucht.[4])

Endlich läßt — was m. W. noch nicht bemerkt ist — der Gesetzestext darüber wenigstens keinen Zweifel, daß es sich um zwei verschiedene Manumissionen von gleicher Rechtskraft handelt, und daß die eine davon etwas der Stabfreilassung ähnliches sein muß.

---

[1]) Ius naturale 2, 742 f. — [2]) In den Jurist. Schriften 1, 330 (1905). — [3]) S. Mommsen, Abh. d. K. S. Ges. d. Wissensch. 3, 431; Staatsrecht [3] II [1] 364. 370. 415 f.; Jurist. Schriften 1, 323. 330. — [4]) Dazu Boethius in Cic. top. 10 Or. p. 288: *si quis ergo consentiente vel iubente domino nomen detulisset in censum, civis Romanus fiebat*, und Theoph. zu I. 1, 5, 4 *(κατὰ κέλευσιν δεσπότου)*. Anders drückt sich Cic. de orat. 1, 183 aus: *qui domini voluntate census sit*. — Degenkolbs (Tübinger Festgabe f. Jhering 130 ff.) Darstellung der römischen Manumissio *censu* halte ich in den entscheidenden Punkten für richtig. Das oben gesagte tritt zu ihr nicht in Widerspruch. — Bekannt ist die Verwendung des *liberum esse iubeo* (Ulp. 2, 7. Dig. 40, 4) bei der testamentarischen Freilassung (vgl. Degenkolb a. a. O. 151); doch kann auf sie das c. 28, L. Salp., wie schon die Überschrift des Kapitels zeigt, nicht bezogen werden; s. Mommsen, Abh. der K. S. Gesellsch. 3, 437, A. 133.

Viermal kehrt in dem kurzen Kapitel die Nebeneinanderstellung des *manumittere* und des *liberu(a)m esse iubere* wieder. Die Pedanterie wäre unerträglich, wenn sich die Doppelbezeichnung des éinen Freilassungsgeschäftes viermal wiederholen sollte. Noch auffälliger aber wäre es, wenn der Gesetzverfasser bei der Gestaltung des letzten Satzes, der etwas neues einführt, plötzlich den Mut verloren hätte, seine umständliche Ausdrucksweise folgerecht anzuwenden. Selbst der minder aufmerksame Leser muß den Wechsel bemerken und sich die Frage vorlegen, weshalb zuletzt nur der éine Name *manumissio* gebraucht ist?

Die richtige Antwort ergibt sich, wie ich glaube, aus dem Inhalt des Schlußsatzes, der so lautet:

dum is qui minor XX annorum erit ita manumittat, si causam manumittendi iustam esse is numerus decurionum, per quem decreta h. l. facta rata sunt, censuerit.

Diese Worte enthalten offenbar die Nachbildung einer Aelisch-Sentischen Norm, nur mit einer unvermeidlichen Änderung in betreff des Consiliums[1]), das im latinischen Munizipium anders zusammengesetzt werden mußte als in der Reichshauptstadt. Im übrigen sind die römischen Bestimmungen einfach übernommen, namentlich auch die, der Handlungsfähigkeit des noch nicht Zwanzigjährigen gesetzte Beschränkung, Sklaven mit voller Wirkung bloß *vindicta* befreien zu können.[2]) Gerade daraus[3]) aber erklärt sich ohne Frage der Wegfall des *liberum esse iubere* in unserem Schlußsatz, der Aelisches Recht nach Salpensa überträgt und auch hier nur eine einzige Form zulassen will. Mithin deutet die

[1]) Gai. 1, 20. Ulp. 1, 13 a. — [2]) Gai. 1, 38 (= I. 1, 6, 4): *Item eadem lege minori XX annorum domino non aliter manumittere permittitur, quam vindicta si* (diese Umstellung der beiden Worte — trotz Gai. 1, 18 — nach Savigny; s. aber unten S. 154, A. 1) *apud consilium iusta causa manumissionis adprobata fuerit;* dazu Gai. 1, 40 f. Ulp. 1, 13 (die Art der Freilassung nennt 1, 12). Pseudo-Dosith. 13. — [3]) Das verkennt Mommsen auch in der neuen Ausgabe seines Kommentars: Jurist. Schriften 1, 292, 19 (verb.: „auch statt des einfachen *manumittere* . . .“). Nebenbei: in der eben angeführten Anm. 19 ist Z. 3 unverständlich. Mit einem Druckfehler scheint noch ein Versehen des Verf. zusammenzutreffen.

im Eingang des Kapitels stets neben dem *manumittere* angeführte Phrase keineswegs auf einen Spruch hin, der dem Herrn bei der Stabfreilassung zukam; vielmehr soll damit offenbar eine zweite Art der Sklavenbefreiung bezeichnet werden, deren sich aber nur Personen über 20 Jahren bedienen konnten.

Dieselben Worte, die wir im Stadtrecht von Salpensa auf eine gesetzlich anerkannte Nebenform der Freilassung vor der Obrigkeit beziehen müssen, gebraucht der nach römischem Recht Testierende, wenn er seinen Sklaven unmittelbar freisprechen will; dieselben Worte kommen aber in römischen Urkunden und in der Literatur auch vor, um die prätorischen Freilassungsformen anzuzeigen, und zwar selbst da, wo die letzteren der Manumissio *vindicta* gegenübergestellt sind. Um vorerst darzutun, daß das *liberum esse iubere* im Gebrauch war bei der prätorisch-junianischen Befreiung, ist eine kürzlich erst bekannt gewordene ägyptische Urkunde[1]) aus dem J. 221 p. C. anzuführen, die sich im Besitz des Lord Amherst befindet. Darin erklärt der Freilasser selbst:

μεταξὺ φίλων ἠλευθέρωσα;

und in dem voraufgehenden, unpersönlich gefaßten Berichte heißt es:

inter ami[c]os manumisit liberamque esse ius[si]t.

So deutlich wie in diesem Diptychon erscheint freilich die häusliche Manumission vor Zeugen nirgends in den römischen Quellen. Wenn aber im Salpensaner Gesetz (c. 28) das *liberum esse iubere* von der Stabfreilassung abgesondert und anderseits in jener Urkunde mit der Manumissio unter Freunden verbunden ist, so sind wir wohl befugt, überall, wo die Überlieferung eine ausdrückliche Freierklärung unter Lebenden bietet, an eine der prätorischen Formen zu denken;

[1]) Zuerst veröffentlicht nach einer Lesung von Seymour de Ricci in einem Anhang (p. 849 f.) der 3. Aufl. der Textes de droit romain von Girard (1903) und jetzt (London 1904) von Ricci selbst: A Latin deed of manumission 7—9. Der mitgeteilte Text ist der äußeren Schrift eines Diptychon entnommen; bestätigt ist er durch die (kümmerlichen) Reste der inneren Schrift.

so lange wenigstens, als nicht Gegengründe auftauchen, die eine andere Beziehung empfehlen.

Demnach möchte ich unter anderem[1]) die — nicht in Jure abgegebenen — Freierklärungen des Trimalchio bei Petron 41. 54 hieher stellen: die mündliche '*Dionyse liber esto*' und das vermutlich mündlich-schriftliche *decretum Trimalchionis, quo puerum iussit liberum esse.* Dieselbe Bestimmung dürfte auch zutreffen für das bei Martial 9, 87 erwähnte Geschäft, falls die, vielleicht recht verfänglichen, *tabellae,* die dem berauschten Dichter zur Siegelung vorgelegt wurden, wirklich den von Lupercus bezeichneten Inhalt hatten.[2])

In den Juristenschriften finde ich eine Freilassung mit den Worten: *liberum esse iubeo* bei Alfenus D. 40, 1, 7.[3]) Hier ist der Manumissor ein Haussohn, der einem Pekuliarsklaven ohne Zustimmung des Vaters — also in ungültiger[4]) Weise — die Freiheit schenkt. Erst hinterher, nach dem Tode des Vaters, wird dem Geschäfte unter bestimmten Voraussetzungen rechtliche Wirksamkeit beigelegt. Stellt man nun, Mitteis[5]) folgend, für das klassische Recht die Fähigkeit des Haussohnes, *vindicta* zu manumittieren schlechthin in Abrede, so kann das *liberum esse iubere* bei Alfen zu keiner anderen als zu einer prätorischen Form gehören. Doch ist diese Deutung selbst dann unvermeidlich, wenn man Bedenken haben sollte, alle durch Mitteis' Lehre geforderten Interpolationen als solche anzuerkennen. M. E. konnte nämlich der Magistrat einen vermögens- und daher veräußerungsunfähigen Bürger zur Stabfreilassung jedenfalls nur dann zulassen, wenn ihm die zur Gültigkeit des Geschäftes unerläßliche Einwilligung des Vaters nachgewiesen war.

Für unsere Zwecke noch wichtiger ist Pseudo-Dosith. 15,

---

[1]) Vgl. noch meine Abh. Ztschr. f. R.-G. R. A. 39, 424 f. — [2]) M. E. sollte sich Martial durch Ausfertigung einer *epistula* die Verfügung des Lupercus *(liberum esse iussi Nastam)* aneignen. — [3]) Vgl. Pap. D. 33, 8, 19, Marcian D. 33, 8, 20. — [4]) Mod. D. 37, 14, 13: *Filius familias servum peculiarem manumittere non potest.* Anders, seit Hadrian, wenn der Sklave zu einem castrensischen Peculium gehört: Tryph. D. 49, 17, 19, 3. — [5]) Zeitschr. f. R.-G. R. A. 34, 199 ff.; Bd. 38, 379 ff. (hier S. 380 ist auch fr. 7 cit. angeführt).

wo zunächst die Frage aufgeworfen wird, ob eine Frauensperson in einer prätorischen Form[1]) ohne Vollwort ihres Vormunds Sklaven befreien könne? Möglich sei dies nur, wenn die Frau das Kinderrecht habe;

tunc enim ⟨*et*⟩[2]) *vindicta sine tutore potest manumittere. unde si mulier absens liberum esse iusserit, quae ius liberorum non habeat, quaesitum est, an* ⟨*competat libertas*⟩ *tutore eius auctoritatem accomodante eo tempore, quo epistula scribitur servo a domina ....*

Nach einer Erwähnung der Freilassung *vindicta* gebraucht der unbekannte Verfasser sofort im folgenden Satze die Phrase *liberum esse iubere,* womit er auf die Befreiung *per epistulam* hinweisen will. Allerdings hebt der Jurist noch einen anderen Umstand hervor, der die beiden Geschäftsformen unterscheidet: daß der Brief (regelmäßig)[3]) für einen Abwesenden bestimmt sei. Allein das Wort *absens* ist wohl nur deshalb eingefügt, weil die weiter zu erörternde Frage[4]), ob die Auctoritas die „Äußerung" des Befreiungswillens oder die „Vernehmung" begleiten müsse, die Abwesenheit des Sklaven zur notwendigen Voraussetzung hat.

Endlich lese man Marcellus D. 40, 1, 15:

Mortis causa servum (näml. inter amicos) *manumitti posse non est dubitandum. quod non ita tibi intellegendum*

[1]) Die Huschkesche Ergänzung des lückenhaften Textes: *inter amicos manumittere non potest* (s. auch Lenel, Pal. 1, 431) kann richtig sein, obwohl der Jurist von einer Freilassung *per epistulam* handelt; vgl. Sen. de vita beata 24, 3. Gai. 1, 41. 44. Pap. Fr. Vat. 261. Ulp. 1, 18. Zimmern, Gesch. d. Privatrechts 1, 738. Erst in spätrömischer Zeit hat sich das Verhältnis zwischen der mündlichen und schriftlichen Manumission verschoben. Jetzt geht die letztere, wohl als die häufiger gebrauchte, bei Aufzählungen der Freilassung *inter amicos* vorauf: so in der Gaiusepitome I, 1, 2. I, 2, 1. I, 2, 3 und bei Justinian C. I. 7, 6, 1, 1c u. § 2. — [2]) So verbessert P. Krüger das hdschr. *ex vindicta (ἐκ προσαγωγῆς).* Huschke fügt *vel* ein. — [3]) Auf briefliche Manumission eines Anwesenden ist wohl zu beziehen Marcian D. 40, 9, 9 pr.: *Ille servus liber non erit, qui vi coegerit, ut eum dominus manumittat, et ille perterritus scripsit liberum eum esse.* Vgl. hiezu Ps. Dosith. 7, Paul. D. 40, 9, 17 pr. — [4]) Dazu Julian D. 41, 2, 38 pr. Doch ist dieses Fr. schwerlich von einer rechtlichen Freilassung zu verstehen; vgl. Zeitschr. f. R.-G. R. A. 39, 420, 2.

est, ut ita liber esse iubeatur, ut, si convaluerit dominus, non fiat liber, sed quemadmodum si vindicta eum liberaret absolute, scilicet quia moriturum se putet, mors eius exspectabitur, similiter et in hac specie in extremum tempus manumissoris vitae confertur libertas, ...

Auf den Inhalt dieses schwierigen Fragments ist nicht näher einzugehen. Ein Punkt aber ist klar zu erkennen: die Vergleichung des *vindicta liberare* mit einer anderen Freilassung, bei der die Worte *liberum esse iubeo* gebraucht wurden. Da die Befreiung *testamento* nicht gemeint sein kann, so muß der Jurist, wie man[1]) längst bemerkt hat, eine prätorische Art im Auge haben.

Zunächst also bestätigt Marcellus, was schon durch die vorher angerufenen Zeugnisse[2]) gesichert ist: die Einordnung der oft angeführten Worte, die bald gesprochen bald geschrieben wurden, in die amtsrechtlichen Manumissionen. Weiters aber führt bei Marcell wie bei Pseudo-Dositheus (15) die Gegenüberstellung der Stabfreilassung und einer Geschäftsform, als deren Kennzeichen unser Freispruch erscheint, zu der schon durch das Gesetz von Salpensa (l. c.)[3]) nahe gelegten Annahme, daß der ersteren Form eine auf Befreiung des Sklaven zielende Erklärung des Eigentümers fremd war.

Ob auch der römische Urkundenstil es durchweg vermieden hat, ein *liberum esse iubere* oder ähnliches zu setzen, wo eine Befreiung *vindicta* zu verbriefen war, diese Frage muß ich einstweilen in Schwebe lassen. An sich wäre ja die in Rede stehende Phrase, ebenso wie das *liberare* oder *ad libertatem perducere,* allgemein brauchbar gewesen, den Willensakt des Herrn anzuzeigen, ohne den keine privat-

---

[1]) Keller, Institutionen 218. Lenel, Paling. I, 629, 4. — [2]) Dazu noch Justinian C. 7, 6, 1, 2: ... *si quis inter amicos libertatem dare suo servo maluerit, licebit ei quinque similiter testibus adhibitis suam explanare voluntatem et quod liberum eum esse voluit dicere:* ... — [3]) Wie im c. 28 L. Salp. das *ex servitute in libertatem manumittere* die Befreiung *vindicta* anzeigt, so empfiehlt sich auch bei Ulp. D. 15, 1, 32 pr.: ... *qui manumisso servo vel libero esse iusso* ... die gleiche Auffassung des *manumissus,* während *liber esse iussus* jeder nicht mit dem Stabe freigelassene Sklave ist. Zu Ulp. l. c. vgl. Ulp. D. 40, 4, 9 pr., Marcian D. 38, 4, 6.

rechtliche Freilassung denkbar ist, mochte sonst welche Form immer gewählt sein. Doch habe ich wenigstens bei den alten Schriftstellern[1]) bisher nirgends einen Beleg hiefür

[1]) Liv. 24, 16, 9 erzählt, der römische Feldherr Tiberius Gracchus habe die nach Cannae ins Heer eingestellten Sklavensoldaten (*volones*, s. Fest. ep. p. 370) nach einem glücklichen Treffen für frei erklärt: *omnes eos liberos esse iubere* (s. auch Liv. 24, 14, 7 und 34, 21, 5). Augenscheinlich war diese Massenfreilassung nicht etwa eine Manumissio *vindicta*, sondern ein Akt öffentlichen Rechts. (Eine Annahme, die auch für die Befreiung des Vindicius zutrifft und von Theoph. I, 1, 5, 4 vertreten ist: *ἠλευθερώθη δημοσίᾳ ὑπὸ Ῥωμαίων*, während Livius 2, 5, 9f. eine unhaltbare Manumissio *vindicta* bietet. Anders anscheinend Plut. Poplic. 7, 7f., und völlig abweichend Pomp. D. 1, 2, 2, 24. Vgl. übrigens Keller, Institutionen 221f. Mommsen, Staatsrecht [3] 1, 322, 3. Karlowa, Rechtsgeschichte 2, 141f.) Ähnlich verhält es sich weiters mit der Freierklärung durch den Prätor auf Grund des S. C. Silanianum: Ulp. D. 29, 5, 3, 13: *liber esse iussus sit* (vgl. Paul. D. 35, 2, 39; D. 38, 2, 4 pr. Diocl. C. I. 7, 13, 1). Die Freisprechung (zur Belohnung) erfolgt hier nicht kraft Herrenrechts. Daß das *liberum esse velle*, wodurch der Kaiser auf Grund eines, zuerst dem Augustus durch Volksschluß erteilten Privilegs (*ex lege Augusti* ⟨verstümmelt?⟩; vgl. Mommsen, Staatsrecht [3] 2, 750, 1) seinen Sklaven befreien kann, die Entbindung von der Vindikationsform bedeutet, darüber belehrt uns Paulus D. 40, 1, 14, 1. Endlich Ps. Quintil. decl. 342 erläutert einen erdichteten Gesetzestext '*Qui voluntate domini in libertate fuerit, liber sit*' folgendermaßen: *Si de his loqueretur lex, quos dominus manumisisset et liberos esse voluisset, supervacuum erat.* D. h. das Gesetz beziehe sich nicht auf ausdrücklich für frei erklärte; denn die Freiheit dieser Personen verstehe sich von selbst. Natürlich wäre es verkehrt, die Declam. ernstlich als Quelle für die Erkenntnis des römischen Freilassungsrechtes zu behandeln. Ich bemerke nur, daß kein Grund vorliegt, bei dem Worte *manumisisset* ein '*vindicta*' zu ergänzen. Vermutlich ist der ersonnene Gesetzestext entstanden in Anlehnung an ein prätorisches Edikt über den Schutz der *domini voluntate in libertate* befindlichen Sklaven (Gai. 3, 56. Ps. Dosith. 4f. Ulp. 1, 12). Auch in dem Satze: *An vero maius in hoc putamus esse momentum, ut circumverteres mancipium aut si una* ⟨„bloß mit"? vielleicht ist *tua* zu schreiben⟩ *voce liberum esse iusseris, quam si habitum dederis, stolam dederis?* steckt nicht notwendig (anders Mommsen im CIL. X zu n. 3147 p. 309) eine Anspielung auf die Stabfreilassung, wie Appian b. c. 4, 135 (dazu oben S. 110, A. 4, S. 112, A. 1) zeigt. Übrigens ist ja hier das *circumvertere* und das *liberum esse iubere* durch ein *aut* getrennt, also wohl auf zwei verschiedene Arten angespielt. [Über die Freilassung des öffentlichen Rechts s. M. Voigt, Berichte d. sächs. Ges. d. Wissensch. Phil.-hist. Kl. 55, 36—1903.]

gefunden. Wo sie die Stabfreilassung erwähnen, da setzen sie in aller Regel *vindicta liberare.*[1]) Ebendieser Ausdruck begegnet mit einer Ergänzung auch in einer Stipulationsurkunde bei Scaevola[2]), wo ein Strafversprechen an die Bedingung gebunden ist: *Si hom(o) Stich(us).... a te heredeque tuo manumissus vindictaque liberatus non erit.*

Die Erwartung also, Anklänge an die Manumissionsform, die der epitomierte Festus beschreibt, in den Nachrichten über die Stabfreilassung aufzuspüren, hat sich als unbegründet erwiesen. Der im Festusartikel dem Herrn in den Mund gelegte Freispruch ist in den Quellen weder als Antwort auf die Vindicatio *in libertatem* noch als Vorwort hiezu zu ermitteln. Damit aber ist der Zweifel bekräftigt, der sofort auftauchen muß gegenüber dem Versuch, die Vindicatio des Assertors und jenen Freispruch, der gar nicht Bezug nimmt auf die voraufgehende Aktion, demselben Geschäft als Bestandteile einzufügen.

In welcher Weise Karlowa und Schulin, von einander wieder abweichend, die Verknüpfung der überlieferten Stücke zu einem Ganzen besorgt haben, das ist oben schon bemerkt. Meines Erachtens kann aber der eine Vorschlag so wenig genügen wie der andere.

Karlowa läßt auf die Behauptung des Assertors: „Stichus ist nach Quiritenrecht frei" die unpassende[3]) Erwiderung des Herrn folgen: „ich mache den Stichus frei", eine Antwort, die vollends unannehmbar erscheint, wenn sich — wie Karlowa[4]) selbst vermutet — zwischen die Sprüche der Parteien die Frage des Beamten einschob: *an contra vindicet.* Schulin dagegen setzt die Erklärung des Herrn: *hunc hominem liberum*

---

[1]) S. oben S. 111, A. 2; ferner Liv. 2, 5, 9. Pomp. D. 40, 4, 4, 2. Gai. 1, 18. Marcell. D. 40, 1, 15. Paul. D. 40, 2, 22. — [2]) D. 45, 1, 122, 2. — [3]) Nicht geeignet, das gesagte zu entkräften, wäre eine Hinweisung auf die jüngere Antwortformel der Acceptilatio: *acceptum facio* (vgl. Erman, Zeitschr. f. R.-G. R. A. 33, 195; auch Lenel, Paling. II, 1195, 5); denn, wie Ulp. D. 46, 4, 7 zeigt, lautet hier auch die Frage *acceptum facis?* Bei Florent. D. 46, 4, 18, 1 *(acceptum fecit)* ist nicht der Wortlaut der Antwort angeführt; vgl. I. 3, 29, 2: . . '*habeo acceptumque tuli*'. A. A. Voigt, Röm. Rechtsgeschichte 1, 823. — [4]) Röm. Rechtsgesch. 2, 132.

esse volo in den Eingang der Geschäftsformalitäten, denen wir, durch Festus genötigt, noch das Anfassen und Loslassen des Sklaven beifügen müßten. Was dann neben dieser in sich geschlossenen Aktion die nun erst folgende, bei Festus gar nicht erwähnte, Injurezessio bedeuten soll, das ist schwer zu sagen. Bringt auch die amtliche Addictio etwas neues, so wäre doch der Verzicht auf das Herrenrecht zweimal zum Ausdruck gekommen: zuerst in dem, zugleich rechtsbegründenden, Freispruch und dann nochmal in dem Anerkenntnis gegenüber der Behauptung des Assertors. Und geradezu eine Albernheit wäre die Zwischenfrage gewesen, ob der Herr den Stichus in die Sklaverei vindizieren wolle, da der Beamte doch gerade vorher den Freispruch vernommen und das „Loslassen aus der Hand“ gesehen hatte. Endlich bleibt Schulin jede Rechtfertigung schuldig für die Annahme, daß zu Manumissionszwecken die vom Herrn anerkannte Vindicatio für sich allein nicht ausgereicht habe, während doch nach klaren Zeugnissen[1]) der Übergang des Eigentums und andere Rechtsänderungen lediglich durch Injurezessio bewirkt wurden.

XVII.

Die Freilassung mit dem Stabe in spät- und nachklassischer Zeit.

Dem gesagten nach müssen wir sicher davon absehen, zum Aufbau der Manumissio *vindicta* zweierlei Nachrichten zu benutzen und diese einfach in einander zu schieben. Vielmehr führen wie die obigen Erwägungen so auch die Äußerungen des Marcellus und des Juristen bei Pseudo-Dositheus zur Annahme eines ausschließenden Verhältnisses zwischen dem *cedere* durch Stillschweigen und der ausdrücklichen Freierklärung. Mithin darf auch die Festusepitome p. 159 nicht weiter auf die Stabfreilassung bezogen werden, man müßte sich denn für befugt halten, dieser Geschäftsform trotz ihres

[1]) Die Schulin a. a. O. 367 schlankweg mißachtet, wenn er auch bei der Eigentumsübertragung vor der Vindikation vom Zedenten die Erklärung verlangt: „ich will Eigentum übertragen.“

durchsichtigen Namens die Vindicatio *in libertatem* abzusprechen.

Letzteres ist m. W. bisher nie versucht; doch möchte ich wenigstens die Zeugnisse in Erinnerung bringen, an denen ein Angriff gegen die allgemein anerkannte Lehre notwendig scheitern würde. In Betracht kommen vornehmlich das Senatuskonsult vom J. 577 d. St. bei Liv. 41, 9, 11[1]), ferner Cic. ad Att. 7, 2, 8, ad Quint. fr. 3, 1, 9, Boeth. in Cic. top. 10 (p. 288 Or.) und Theoph. I. 1, 5, 4.[2])

Die *vindicatio in libertatem*[3]), von der diese Stellen reden, kann natürlich nur die streitlose, mit Zession verbundene Legisactio[4]) sein. Auch für die Zwischenfrage des Magistrats sollte man keinen besonderen Beleg verlangen, da ein formalisiertes[5]) Schweigen, wie es der Injurezessio eignet, ohne voraufgehende Frage kaum vorstellbar ist. Daß aber der Anteil des Herrn an der Freilassung gerade in solchem Stillschweigen[6]) bestand, darüber haben wir zum Überfluß noch eine deutliche Nachricht im fr. 23 D. 40, 2 aus Hermogenians 1. Buch der iuris epitomae:

---

[1]) Ein Verzeichnis der Vorschläge zur Verbesserung des fehlerhaften Textes bei Rein, Privatrecht und Zivilprozeß [2] 570, 2; dazu M. Hertz in seiner Liviusausgabe l. c. (1863). Des guten zu viel leistet Ad. Schmidt, Krit. Bemerkungen zu Liv. 41, 8f. im Freiburger Programm von 1856. — [2]) Beizufügen wäre noch das Schol. zu Pers. 5, 88; s. aber oben S. 112, A. 1. — [3]) Den Assertor bei der Freilassung *vindicta* bezeugt Fest. *sertorem* p. 340. (Zu den Worten: *educendi . . . ex servitute in libertatem* vgl. etwa D. 40, 1, 26. D. 40, 2, 2. 15 pr. 16, 1. D. 40, 4, 27. D. 46, 3, 72, 6.) Aus den Glossae graeco-lat. im Corp. gloss. II gehört hieher p. 339 Z. 5: *καρπισμός vindicta adsertio.* — [4]) Als Legisactio ist die Freilassung (*vindicta:* nur diese kann in Frage kommen) bezeichnet von Paul. sent. 2, 25, 4, Marcian und Ulp. D. 1, 16, 2, 1 u. fr. 3, Constantin C. Th. 4, 9, 1 (= C. I. 7, 10, 7, 1), Ammian 22, 7, 2. Ob daraus im Hinblick auf Gai. 2, 96 die Unfähigkeit der gewaltunterworfenen Freien zu folgern sei, als Assertoren aufzutreten, das ist nicht ganz sicher, da der Assertor kein *suum esse* behauptet. Dagegen ließe sich die Frage entscheiden, wenn man dem Sinai-Scholiasten zu Ulp. 18, 49 (s. Mitteis, Ztschr. f. R.-G. R. A. 34, 203, 1) trauen darf; denn daraus ergäbe sich die Parteiunfähigkeit dieser Personen in der Legisactio. — [5]) S. diese Ztschr. R. A. 38, 118, 2 wider Degenkolb, Tübinger Festgabe f. Jhering 151. — [6]) Ob statt des *tacere* bei der Freilassung auch die Verneinung der prätorischen Frage üblich war, das wissen wir nicht.

Manumissio per lictores hodie domino tacente expediri solet, et verba sollemnia licet non dicantur, ut dicta accipiuntur.

Nichts einleuchtender als die Verselbigung des „schweigenden Eigentümers“ bei Hermogenian mit dem „schweigenden Zedenten“ *(qui cedit)* bei Gai. 2, 24; während die *verba sollemnia* nach Boethius l. c.[1]) ohne Zweifel von dem Vindikationsspruch des Liktors zu verstehen sind.

Wenn sich Karlowa trotz der klaren Überlieferung verleiten ließ, das Anerkenntnis durch den Freispruch der Festusepitome zu ersetzen, so ist das eher auf ein augenblickliches[2]) Übersehen des fr. 23 cit. zurückzuführen, als auf eine Mißdeutung der Stelle, die man seit dem Quellenfund von 1816 nicht leicht vermuten kann. Bis dahin freilich mochte den Auslegern eine Freilassung *domino tacente* sehr befremdlich erscheinen. Nur aus der Trägheit der Herren, die sich zwar zum Beamten begaben, es aber lästig fanden, das Geschäft dort auch persönlich zu vollziehen, glaubte man[3]) den Vorgang, wie ihn Hermogenian schildert, erklären zu können. Ein Liktor sollte die Rolle des Assertors spielen, ein anderer die des Freilassers; dieser selbst aber sei bloß Zuschauer gewesen. Um diese abenteuerliche Annahme völlig zu beseitigen, ist ihr noch die scheinbare Stütze zu entziehen, die man in der, durch fr. 23 bezeugten Mitwirkung mehrerer Liktoren finden möchte.

Übrigens erscheinen *lictores* in der Mehrzahl einzig bei Hermogenian; Boethius a. a. O. erwähnt nur éinen, und Ulpian[4]) will gar unter besonderen Umständen — wenn sich der Prätor

---

[1]) *Vindicta . . . est virgula quaedam, quam lictor manumittendi servi capiti imponens eundem servum in libertatem vindicabat, dicens quaedam verba sollemnia, atque ideo illa virgula vindicta vocabatur.* — [2]) Allerdings hat Karlowa die Anfangsworte des fr. 23 cit. in sein Werk aufgenommen: Rechtsgeschichte 2, 134. — [3]) Unterholzner, Ztschr f. geschichtliche Rechtswissensch. 2, 154 (1816). Selbst Puchta, Institutionen [10] 2, 88 (§ 213 A. h.), bemerkt noch zum fr. 23: man habe „den Herrn von aller förmlichen Mitwirkung entbunden“. — [4]) D. 40, 2, 8. Der Jurist berichtet von einem Gutachten, das er einem Prätor erteilt habe. Mißverstanden ist die Stelle von Hölder, Ztschr. f. R.-G. R. A. 37, 235; s. auch Lenel, ebenda S. 331, 1.

in villa befindet — die Stabfreilassung zulassen ohne die Anwesenheit auch nur éines Liktors. Aus diesen Nachrichten wäre nicht so viel Verwirrung entstanden, wenn man die, den magistratischen Dienern notwendig und die ihnen zufällig zukommenden Aufgaben geschieden hätte.

Der eigentliche Beruf der Liktoren ist es, zu zweien oder in größerer Zahl die römischen Imperienträger zu begleiten, besonders aber ihnen zur Seite zu stehen, wo immer ein Amtsakt gesetzt wird[1]), demnach auch bei Manumissionen, die in Jure stattfinden. Mit diesem amtlichen Dienste hat das Auftreten des Liktors als Assertor offenbar nichts zu schaffen.[2]) Nur der Bequemlichkeit halber wurde schon in der klassischen Zeit und bis auf Justinian die Vindikation der Freiheit regelmäßig einem der Offizialen des beikommenden Beamten anvertraut. Doch bestand weder ein Rechtssatz, der andere Bürger von diesem Geschäft ausgeschlossen hätte, noch konnte es die rechtliche Stellung des Vindikanten beeinflussen, daß vor dem Magistrat ein diesem untergeordneter Amtsdiener mit der Freiheitsbehauptung auftrat. Vielmehr war als Assertor ohne Zweifel auch der Liktor der Obrigkeit gegenüber nicht weniger Privatpartei als der freilassende Herr.

Die Trennung der assistierenden Liktoren von dem vindizierenden wird uns, glaube ich, davor bewahren, aus den obigen Stellen unrichtiges abzuleiten.

Auf das Ulpianfragment gründet man[3]) derzeit allgemein die Behauptung, daß von den Förmlichkeiten der Stabfreilassung unter den Severen und später nichts übrig geblieben sei als eine Erklärung des Herrn[4]) vor Gericht in

---

[1]) S. Mommsen, Staatsrecht [3] 1, 374ff. — [2]) Das Gegenteil behauptet Wallon, Histoire de l'esclavage [2] 2, 389. 499 (1879). Der Liktor soll handeln *au nom du magistrat.* Infolgedessen verkennt Wallon auch die Bedeutung des Stabauflegens. — [3]) Ich nenne nur Puchta, Institutionen [10] 2, 88. 90 (§ 213, i), Salkowski, Instit. [8] 126f. (§ 47), Hölder, Institut. [3] 116f., Sohm, Instit. [11] 167, Schulin, Gesch. d. R. R. 263, R. Leonhard, Instit. 176, 4, Girard, Manuel [4] 119, 1. Übereinstimmend auch Mommsen, Abhandlungen d. K. S. Gesellsch. d. Wissensch. 3, 437, 134; v. Czyhlarz, Instit. [8] 50 und Jörs in Birkmeyer, Enzyklopädie [1] 96, doch ohne Verweisung auf D. 40, 2, 8. — [4]) G. Demelius, Confessio 107f., 1

Gegenwart des Sklaven. Allein diese Deutung ist nicht bloß willkürlich, sie ist geradezu ausgeschlossen durch die abgedruckte Äußerung Hermogenians, eines Juristen, der, wenn überhaupt zu den Klassikern, jedenfalls zur jüngsten Schichte gehört. Dieser aber sagt uns, *domino tacente* gehe die Freilassung vor sich, also ohne daß der Herr des Sklaven auch nur éin Wort zu sprechen hatte. Wenn er weiter bemerkt: *per lictores expediri solet,* so weist er, wie Boethius zeigt, auf die Assertio *libertatis* hin, die schlechterdings nicht wieder als wortlos gedacht werden kann. Bloß die *verba sollemnia* sind als entbehrlich bezeichnet; damit aber ist für die Zeit Hermogenians oder, wenn der zweite Teil der Stelle interpoliert sein sollte, für das Justinianische Recht, lediglich der Gebrauch der bestimmten Wortformel erlassen, keineswegs die Mitwirkung des asserierenden Liktors. Vielmehr mußte dieser notwendig die Freiheit des Stichus behaupten, — gleichviel mit welchen Worten — da ohne solche Erklärung das Stillschweigen des Freilassers beziehungslos und daher unverständlich gewesen wäre.[1])

---

glaubt sogar seine oben (diese Ztschr. R. A. 38, 102. 108, 1. 118, 4. 149. 150, 1. 161. 169—172) bekämpfte Auffassung der Confessio in Jure als bloße „Entschlagungserklärung" dadurch empfehlen zu können, daß sie die auffallende Verwandlung der Vindiktafreilassung in „eine einfache gerichtliche Erklärung des Manumissors" begreiflich mache.

[1]) Fr. 23 cit. bestimmt noch die Form der Justinianischen Manumissio *vindicta.* Nur für die Emanzipation der Hauskinder hat der Kaiser, dem Vorbild des Anastasischen Gesetzes folgend, ein einfacheres Verfahren besonders vorgeschrieben (C. I. 8, 48, 6). Daher ist die in unseren Lehrbüchern gegebene Schilderung der Justinianischen Stabfreilassung verfehlt. Ich wüßte nicht, was sich aus den Quellen zu ihren Gunsten anführen ließe. C. I. 7, 6, 1, 10 ist gewiß unbrauchbar, und die Streichung des fr. 23 in den Basiliken (48, 2) schafft doch die Digestenstelle nicht aus der Welt. Der Adsertor *libertatis* aber kommt allerdings unter diesem Namen in den Titeln der Kompilation, die von der Freilassung handeln, nicht vor. Er erscheint nur unter den *lictores* des fr. 23. Doch spricht Justinian anderseits in den Erlassen *de adsertione tollenda* (C. 7, 17) bloß vom *adsertor* in den *lites super servili condicione* und im *super libertate iudicium.* — Wenn Boethius l. c. die Manumissio *vindicta* überhaupt als eine nicht mehr bestehende Einrichtung darstellt, so erklärt sich das aus dem Verzicht auf die *verba sollemnia* und — falls B. verläßlich ist — aus dem Wegfall der *virgula.* Anders würde sich wohl Hitzig, Ztschr. f. R.-G.

Ist so der Inhalt des fr. 23 richtig festgestellt, so kann im fr. 8 cit. unmöglich der Widersinn einer Manumissio *vindicta* ohne Freiheitsbehauptung anerkannt sein. Was Ulpian l. c. in Wahrheit sagt, hängt aufs engste zusammen mit dem, in den Pandekten unmittelbar voraufgehenden Ausspruch von Gaius (fr. 7). Beide Stellen handeln von der äußeren Ausstattung der Obrigkeit, vor der manumittiert wird. Zuerst wird gefragt, ob der Beamte auf dem Tribunal sitzen müsse? Gaius verneint dies. Nun fragt es sich weiter, wie es mit der Assistenz der Liktoren zu halten sei? Diese haben dem Beamten nicht nur aufzuwarten, wenn er auf dem Tribunal Recht spricht; sie sind überall seine Begleiter, wo er in die Lage kommen kann amtlich zu handeln. Wenn nun einmal ein Prätor, *in villa* verweilend, der Liktorenassistenz entbehrt, ist dann eine Freilassung vor ihm zulässig? Ulpian erzählt im fr. 8, er habe sich gutachtlich im bejahenden Sinne geäußert. Vom Assertor ist in dieser Stelle gar nicht die Rede; jeder Bürger konnte diese Rolle übernehmen.

Was endlich die *lictores* in der Mehrzahl betrifft, die Hermogenian im fr. 23 nennt, und die Unterholzner so unpassend als Mitspieler bei der Manumission verwendet, so mag der Jurist wohl an die Gesamtheit der dem Beamten zugeteilten Diener gedacht haben, von denen einer als Partei die Vindikation gegenüber dem Freilasser ausführt, während die anderen ihren Platz neben dem Magistrat behalten.

XVIII.

Die Freilassung der Festusepitome und die *manumissio sacrorum causa.*

Das Zeugnis Hermogenians über die Art der formellen Mitwirkung des Sklaveneigentümers bei der Manumissio *vindicta* macht es schlechthin unmöglich, den Artikel der Festusepitome p. 159 (oben S. 114) auf die Stabfreilassung

---

R. A. 27, 193f. 216, der aber Boethius nicht berücksichtigt, über diesen Punkt äußern. Anscheinend will H. der Stabfreilassung noch weniger Geltung zugestehen als Mitteis, Reichsrecht 378ff. Vgl. aber wider Hitzig Conrat (Cohn), Die Entstehung des westg. Gaius 80, 212.

zu beziehen. Doch haben uns früher auch andere Erwägungen dahin geführt, die zurzeit fast allgemein[1]) gebilligte Auslegung entschieden zu verwerfen. Schon die Erkenntnis der Unverträglichkeit des bei Festus angeführten Befreiungsspruches mit der Vindicatio *libertatis,* nicht minder die Feststellung des römischen Sprachgebrauchs, der das *liberum esse iubeo* gerade da verwendet, wo im Gegensatz zur Stabfreilassung andere Manumissionen genannt sind, hätte zur Widerlegung der Gegenansicht völlig ausgereicht. Nimmt man noch hinzu, daß der Festusartikel, wie man ihn heute versteht, just das wichtigste Stück der geschilderten Manumission, nämlich die Vindicatio der Freiheit ebenso verschweigt wie die Mitwirkung des Beamten, so scheint die Frage wohl berechtigt, wodurch sich denn unsere Gelehrten so gröblich irreleiten ließen?

Nur éine Erklärung wüßte ich zu geben. Das von Festus beschriebene Geschäft ist an Formen gebunden: der Herr muß den Sklaven zuerst anfassen und dann loslassen, und er muß endlich bestimmte Worte aussprechen, die seinen Befreiungswillen ausdrücken. Nun lautet aber bekanntlich eines der kostbarsten Dogmen der neueren Romanistik also:

---

[1]) Als Verteidiger der Verbindung des *liberum esse volo* mit der Stabfreilassung sind oben S. 114, A. 1—4 schon Puchta, Vangerow, Leist, Schulin, Karlowa, Kipp, Giffard, Costa, Schloßmann genannt. Beizufügen wären etwa: Rein, Privatrecht [2] 571 f. Danz, Geschichte d. röm. Rechts [2] 1, 190. M. Voigt, Ius naturale 3, 39f.; XII Tafeln 2, 54f. L. Cantarelli, Archivio giuridico 30, 67 A. 57. Baron, Institutionen 37, 10. Sohm, Institutionen [11] 167 („der Herr erklärt seinen Freilassungswillen"). A. Pernice, Sakralrecht II, in Sitzungsber. d. Berl. Akad. 1886 LI, 1202 (S. A. 34). Die richtige Beziehung von Fest. ep. p. 159 auf die Freilassung *sacrorum causa* ohne Vindicatio finde ich außer in einer flüchtigen Bemerkung von Mommsen, Staatsrecht III [1] 421, 2 (dem sich Girard, Manuel [4] 116, 6 wohl anschließen will) nur bei Keller, Institutionen 219; doch legt Keller bei diesem Geschäfte dem Herrn doch nicht den bezeugten Freispruch in den Mund, sondern eine Rede anderen Inhalts, und im Röm. Zivilprozeß [6] § 24, 280 (auch schon in der 1. Aufl.) führt er sogar in der herkömmlichen Weise unter den Belegstellen für die Man. vindicta zuerst an: „Fest. *Manumitti.*" Merkwürdig ist eine Äußerung von Pernice über die Festusglosse a. a. O.: „Der Herr läßt seinen Sklaven vindicta frei, denn etwas anderes kann das *manu emittere* nicht bedeuten, von welchem uns berichtet wird."

Formen gibt es nur im „starren“ Jus civile, nicht auch im „freien“ Amtsrecht.[1])

Demnach hätten sich die Prätoren schwer versündigt gegen die ihnen in der Rechtsgeschichte vorbehaltene Sendung, wenn sie sich beifallen ließen, die Wirksamkeit eines Geschäftes, etwa aus Gründen der Rechtssicherheit, von der Beobachtung gewisser Formen abhängig zu machen. Allein Stilwidrigkeiten der bezeichneten Art sind in der Tat selbst im jüngsten prätorischen Recht nachweisbar, während die älteren, größtenteils unbekannten Ordnungen, die neuerer Jurisdiktion weichen mußten, vermutlich noch formenreicher waren.

Eines der bestbeglaubigten Beispiele aber einer prätorischen Form, das will hier sagen: einer Form, die von den Prätoren wohl nicht erfunden, doch von ihnen zuerst zu rechtlicher Geltung gebracht ist, bietet gerade unser Artikel der Festusepitome. Beschrieben ist darin eine Manumission. Fraglich nur, welche es sein mag?

Die Stabfreilassung ist es nicht; das haben wir soeben zur Genüge festgestellt. Die Manumissio *censu* oder *testamento* kann es auch nicht sein; das ist schon klar auf den ersten Blick. Die drei genannten sind aber in der Zeit Ciceros und der juristischen Klassiker[2]) überhaupt die einzigen Freilassungen zivilrechtlichen Ursprungs.[3]) Mithin muß es sich a. a. O. um einen Vorgang handeln, der privatrechtliche Wirkung nur kraft prätorischer Anerkennung haben konnte. Demnächst wäre noch zu ermitteln, ob sich das in der Epi-

---

[1]) Der Satz im Texte gehört zu dem gefährlichen Schatz unerschütterlicher Vorurteile, aus dem oben S. 56 ff. zwei andere Prachtstücke ausgehoben und beleuchtet wurden. Über Formen im prätorischen Recht s. oben S. 82 A. 1 und neuerdings Zeitschr. f. Rechtsgesch. Rom. Abt. 39, 417 ff. — [2]) Cic. Top. 2, 10: *Si neque censu nec vindicta nec testamento liber factus est, non est liber.* Gai. 1, 17. Ulp. 1, 6. Pseudo-Dosith. 5. — [3]) Die Lex Junia macht zwar die *auxilio praetoris in libertatis forma* geschützten (Gai. 3, 56) frei nach Zivilrecht, schafft aber keine legitimen Freilassungen. Wem die latinische Freiheit gebühre, darüber entschied auch nach dem Gesetze die amtsrechtliche Praxis. Daher stand wohl auch der Anerkennung neuer Befreiungsarten (mit Legalwirkung) durch die prätorische Jurisdiktion nichts im Wege.

tome beschriebene Geschäft verselbigen lasse mit einer der aus der juristischen Überlieferung bekannten Manumissionen des honorarischen Rechtes?

Als älteste prätorische Form werden wir die mündliche Freierklärung vor einer unbestimmten Zahl von Zeugen *(inter amicos)* ansehen dürfen. Diese Art ist sicherlich noch in der klassischen Zeit die am meisten gebrauchte und wird daher in der alten Literatur „repräsentativ“ gesetzt, um die prätorischen Freilassungen überhaupt anzuzeigen[1]), namentlich da, wo sie den *iustae ac legitimae* gegenübergestellt sind. Die briefliche Manumission *(per epistulam)* ist den Juristen Neraz und Julian bekannt[2]), mag aber viel älter sein; die *per mensam* ist noch weniger bestimmbar, da sie erst bei Pseudo-Dionysios in einem unechten Briefe an Paulus von Samosata[3]) und im westgotischen Gaius[4]) (1, 1, 2) begegnet.

Außer diesen dreien weisen unsere Quellen keine anderen Arten auf. Die in Justinians Erlaß *de Latina libertate tollenda* (C. I. 7, 6, 1, 5—11) aufgezählten *modi,* die Freiheit zu erlangen, sind nach römischer Auffassung keine[5]) Manu-

[1]) Vgl. oben S. 121, A. 1. — [2]) Pseudo-Dosith. 15. Vgl. übrigens auch das oben S. 120 erwähnte Epigramm aus Martials B. IX und Ztschr. f. R.-G. R. A. 39, 420, 1 f. Unklar ist es, weshalb Mommsen zu BGU II n. 388 in den Jur. Schriften 1, 471. 474, 1 dem römischen Recht um das Ende des 2. Jahrh. p. C. eine Freilassung durch „bloße Ausstellung einer Urkunde“ abspricht. (Was Julian fordert, das sagt Pseudo-Dosith. l. c.) Die Berufung auf Mitteis, Reichsrecht 376 ist irrig; denn letzterer schildert a. a. O. griechische Formen. Hiernach müssen die ταβέλλαι ἐλευθερώσεων des Berliner Papyrus nicht gerade eine Freilassung durch Vindicta bezeugen. — [3]) Abgedruckt in Ztschr. f. R.-G. R. A. 39, 404. [Eine Spur der Tischfreilassung im altgriech. Recht finden Dittenberger und Hitzig in der sehr lückenhaften Inschrift von Daulis IG. IX 1, n. 63 *(. . ἐπὶ τὰν ἰδίαν ἱστ(ία)ν).*] — [4]) Neuestens untersucht die Altersfrage gründlich und scharfsinnig Conrat (Cohn), Die Entstehung d. westg. Gaius (Amsterdam 1905). Nach C. kann die Epitome nicht vor 447 p. C. entstanden sein, und es lasse sich ferner nachweisen, daß sie erst vom „westgothischen Gesetzgeber“ verfaßt sei. M. E. ist es C. nicht gelungen, alle für die Annahme einer Zwischenquelle sprechenden Gründe zu beseitigen. Besonders die *manumissio ante consulem* bleibt von seinem Standpunkt aus ein ungelöstes Rätsel. Die Änderung von *consulem* in *consilium* (S. 80 ff.) wird kaum jemand billigen. — [5]) Gründe für diese Behauptung in Ztschr. f. R.-G. R. A. 39, 370 ff. 415.

missionen: zudem würden sie, selbst wenn man sie als solche gelten ließe, hier nicht in Betracht kommen, weil für diese Fälle die Formen der Festusepitome ganz gewiß nicht bestimmt waren.

Unsere Frage darf übrigens nicht erörtert werden ohne Berücksichtigung der Quelle, die Paulus Diaconus bei der Herstellung seines Auszugs benutzt hat. Von dem echten Festustext, aus dem der Artikel *manumitti* der Epitome hervorging, haben wir nur geringe Reste, doch immerhin so viel, daß das Abstammungsverhältnis erkennbar ist und gegen Bezweifelung gut zu verteidigen wäre.[1])

Vergleicht nun jemand die beiden Texte, so ersieht er sofort, wie Paulus aus einer Beschreibung der Manumissio *sacrorum* ⟨*causa*⟩[2]) durch Streichung der Besonderheiten dieses Falles eine anscheinend die Sklavenfreilassung überhaupt betreffende Nachricht gemacht hat.

Weiter darf man mit großer Bestimmtheit die Vermutung abweisen, daß die in den Zeilenanfängen der Festushandschrift verlorenen Worte etwa Bezug hatten auf den Assertor und die Vindicatio *libertatis*. Hingegen wäre es möglich, in eine der Lücken die Erwähnung der mitanwesenden Zeugen einzufügen. Indessen ist die Ergänzung der Glosse in der Tat völlig unsicher, soweit nicht der vom Epitomator übernommene Text die Lücken passend ausfüllt.[3]) Anderseits entscheidet schon diese éine zuverlässige Ergänzung darüber, ob die echte Festusstelle auf die eine oder andere zivile Freilassung gedeutet werden kann. Dieselben Gründe, die oben bei der Erläuterung des epitomierten Textes angeführt sind, schließen auch hier diese Beziehung schlechthin aus.[4]) Oder um es anders auszudrücken: die Freilassung, welche Festus schildert, kann, sofern sie nicht etwa bloß von

---

[1]) Namentlich beachte man die — trotz der Auslassungen in der Epitome — im echten Festus und bei Paulus übereinstimmende Reihenfolge der Lemmata vor und nach der Glosse *Manumitti*. — [2]) Der vollständige Name bei Fest. p. 250 *(Puri)* und Fest. ep. p. 251. — [3]) Die auf Scaliger zurückgehende Herstellung des Textes in O. Müllers Ausgabe ist m. W. allgemein gebilligt; s. z. B. Mommsen bei Bruns Fontes [6] II 13. — [4]) Dies gegen Pernice (oben S. 131, A. 1) und Karlowa, Rechtsgeschichte 2, 139.

sakraler Bedeutung war, nur als prätorisch geschütztes Geschäft gedacht werden.

Wenn dieses Ergebnis einstweilen noch mit einem Vorbehalt behaftet ist, so nötigt zu solcher Vorsicht besonders der von Keller in den „Institutionen“[1]) gemachte, anderwärts freilich nicht[2]) festgehaltene, Versuch, die Manumissio *sacrorum causa* durch Hinweisung auf den hellenischen Hierodulismus[3]) näher zu bestimmen.

Nach griechischer Sitte verkauft der Freilasser seinen Sklaven an eine Gottheit; der gottgeweihte aber gilt, da er keinen irdischen Herrn hat, „vor den Menschen als frei und unverletzlich“. Von den Manumissionen des römischen Privatrechts würde sich dieses Geschäft wesentlich unterscheiden. Wer im Eigentum eines Gottes steht, der ist eben nicht frei; bestenfalls könnte man nach sakraler[4]) Ordnung eine Art relativer Freiheit annehmen, die sich ergäbe aus der Aufhebung jedes menschlichen Herrenrechts.

In den lesbaren Resten des Festustextes hat diese Übertragung des Hierodulismus ins römische Recht nicht den geringsten Anhalt. Von dem Spruche des Freilassers ist im Farnesianus nur das erste Wort *(hunc)* erhalten. Keller aber zieht, wie seine Vorgänger, zur Ergänzung unbedenklich die Epitome heran, wo der Spruch so lautet: *hunc hominem liberum esse volo.* Diese Worte drücken natürlich durchaus keine Übereignung an eine Gottheit aus, und ebensowenig deuten gerade hierauf die 10 Pfund Goldes, die, wie es scheint, der Manumissor zu leisten verspricht, *si] usquam digre[diatur . .,* d. h. nach der üblichen, doch unsicheren Erklärung: die als Strafsumme verfallen, wenn der Freigelassene sich durch Entweichen dem Dienst der *sacra* entziehen sollte.

Keller glaubt freilich den Hierodulismus als eine „bei den Römern vorkommende“ Einrichtung auch aus anderen

---

[1]) S. 219 f. — [2]) S. oben S. 131, A. 1. — [3]) Neuestens (1906) handelt über den Hierodulismus Hitzig in dem reichhaltigen Vortrag: Die Bedeutung des altgriechischen Rechts für die vergl. R.-W. 16—19. — [4]) Nicht nach Privatrecht, da selbst Dereliktion den Sklaven keineswegs frei macht; s. Javol. D. 45, 3, 36.

Zeugnissen nachweisen zu können. Als solche benutzt er mehrere Äußerungen in Ciceros Verrinen und eine aus der Rede pro Cluentio, die sich auf die Venerii vom Eryx in Sizilien und auf die Martialen in Larinum beziehen.[1]) Allein Cicero führt nirgends die Rechtslage der genannten Halbfreien[2]) auf eine römische Ordnung zurück. Vielmehr trifft Mommsen[3]) sicher das richtige, wenn er über die Freigelassenen der Venus Erycina bemerkt: *eiusmodi servitus et manumissio ab institutis populorum Latinorum abhorret,* und ebenso Marquardt[4]), wenn er die *Venerii* wie die *Martiales* „unrömischen Kulten" zuweist.

Zur Bekräftigung dieses Urteils hätten sich die beiden Gelehrten füglich auf Papinian berufen können, der in den D. 40, 12, 35[5]) die letztwillige Widmung *(destinatio)* der von einer Erblasserin *(Titia)* zum Tempeldienst (als aeditui) bestimmten eigenen Sklaven begutachtet. Der Jurist ent-

---

[1]) Keller a. a. O. 220 nennt noch die *fanatici* der Bellona und (zweifelnd) die *Galli* der Mater Magna. Allein die ersteren gehören nicht der römischen Kriegsgöttin, sondern der kappadokischen Bellona, s. Aust in Pauly-Wissowa R. E. III 255 f. Wissowa, Religion und Kultus (1902) 290 ff.; die letzteren sind Priester der Idäischen Göttin, s. Marquardt, Staatsverw. [2] 3, 367 ff., Wissowa a. a. O. 264 f. und insbesondere zu Val. Max. 7, 7, 6 S. 264 A. 8. — [2]) Die γυναῖκες des Aphroditetempels auf dem Eryx (Diodor 4, 83, 6) bezeichnet Strabon 6, 2, 5 (p. 272) ausdrücklich als Hierodulen. Die *Martiales* von Larinum (vgl. CIL. IX p. 69) stellt Cicero pro Cluent. 15, 43 mit den sizilischen *Venerii* zusammen. — [3]) CIL. X 2 p. 746. Verschweigen will ich nicht, daß Mommsen im Staatsrecht 3 [1], 421, 2 mit der Erklärung, die Manumissio *sacrorum causa* sei, „zivilrechtlich betrachtet, keine Manumission", der Kellerschen Anschauung mindestens nahekommt. Anderseits betont doch Mommsen, Staatsr. [3] 1, 330 wie Marquardt [2] a. a. O. 3, 224, daß das unfreie Dienstpersonal der römischen Tempel dem Staate gehört; also weder im Eigentum des Gottes ist, noch — was gleiche Bedeutung hätte — des Tempels. — [4]) Staatsverwaltung [2] 3, 224. — [5]) Zu diesem Fr. erinnert schon Cuiacius im Kommentar zu Pap. Responsen (Op. 4, 1159 — Mutinae 1777) an die *Venerii* und *Martiales*; doch führt ihn die Vergleichung zu einem falschen Schlusse. Dagegen dürfte Mitteis, Reichsrecht 103, 4, wie die Verweisung auf Mommsen zeigt, dem, was oben im Text über Papinians Gutachten bemerkt ist, kaum widersprechen. In der Frage des behaupteten römischen Hierodulismus steht Mitteis a. a. O. 103 (dazu S. 100. 374 f.) gewiß nicht auf Kellers, sondern auf Mommsens Seite.

scheidet: Die Sklaven seien durch die Widmung dem Eigentum des Erben nicht entzogen, und fügt zur Begründung noch hinzu: die fraglichen Sklaven seien von der Erblasserin nicht freigelassen *(neque manumissos)*. Nun läuft es bekanntlich der Art Papinians durchaus zuwider, überflüssiges auszusprechen. Jener Zusatz aber wird begreiflich, wenn er gemacht ist im Hinblick auf den Hierodulismus der Griechen; wenn also für den Juristen ein Anlaß vorlag, die Anschauung abzuwehren, daß nach römischem Recht in der Widmung zum Tempeldienst jemals eine Freilassung enthalten sei.

Erweist sich Papinians Gutachten zum mindesten als unbrauchbar, für Kellers Lehre zu zeugen, so erwachsen ihr anderseits erhebliche Schwierigkeiten aus dem einzigen Textstück der Festusglosse, das nur ganz sicherer Ergänzungen bedarf, um für sich allein verständlich zu sein. Die Schlußworte der Glosse lauten nämlich so: *homi]nem liberum mit[tit.]*

Hiernach erhält Stichus durch die von Festus geschilderte Freilassung die „Freiheit". Nichts, was die Manumissio *sacrorum causa* betrifft, ist besser beglaubigt als dieser éine Punkt, und recht willkürlich wäre es, die klare Nachricht zu verdunkeln durch Ausdeutung der bezeugten *libertas* in dem besonderen Sinne einer völlig unbekannten, lediglich sakralen Freiheit. Vielmehr kann das Wort, das Festus ohne nähere Bestimmung verwendet, um die Wirkung seiner Manumissio auszudrücken, nicht wohl etwas anderes bedeuten als eine gerichtlich geschützte *libertas*, sei sie nun anerkannt durch das zivile oder das prätorische Recht.

Doch dürfen wir dabei an die Vollfreiheit nicht denken, die zusammenfällt mit dem römischen Bürgerrecht; denn schon durch frühere Erörterungen ist der Versuch nachdrücklich abgewiesen, die Manumissio der Festusglosse und der Epitome mit einer der drei legitimen Formen oder mit einer Spielart dieser Typen zusammenzubringen. Übrig bleibt also nur die Beziehung auf eine prätorische Freilassung, woran sich freilich sofort die Frage anschließt, ob der Festusartikel vor- oder nachjunisches Recht voraussetze?

Zur Begründung der letzteren Annahme ist anscheinend Gaius (1, 22 u. 3, 56) und der Jurist bei Ps. Dosith. (4—6) gut zu gebrauchen, da beide bloß eine zivilrechtliche

libertas gelten lassen und demzufolge die prätorischen Schützlinge vor der Verleihung der Latinität als *servi* bezeichnen [1]), während es in der Glosse doch heißt: *liberum mittit*. Dessenungeachtet werden wir uns für das Gegenteil entscheiden müssen.

Vor allem deswegen, weil es kaum gelingen wird, die Abfassung des Artikels *manumitti* in die nachjunische Epoche hinabzurücken. Zwar ist unser Text als Stück der zweiten Schichte [2]) des Festuswerkes überliefert, deren Ursprung man eine Zeit lang nach dem Vorgang Otfried Müllers auf Festus selbst zurückführen wollte. Neuerdings aber haben uns die sorgfältigen Untersuchungen von R. Reitzenstein [3]) das einheitliche Gepräge der Glossen beider Teile so deutlich vor Augen gestellt, daß wir überall von der Urheberschaft des Verrius ausgehen müssen, wo nicht Spuren eines von Festus gemachten Eingriffs nachweisbar sind. Verrius Flaccus aber gehört bekanntlich der Augusteischen Zeit an. [4]) Er kann also die Lex Junia nicht berücksichtigt haben, wenn es richtig ist, das Gesetz [5]) dem Jahre 772/19 zuzuweisen.

---

[1]) Ob sich Ulpian in der lückenhaften Stelle 1, 10 ebenso ausgedrückt hat, das läßt sich bezweifeln. Vor den erhaltenen Worten: *hodie autem ipso iure liberi sunt ex lege Iunia* könnte man einen Satz vermuten, der der früheren Zeit eine Art amtsrechtlicher Freiheit zuspricht. — Übrigens ist anderseits selbst die Junische „Libertät“ nicht echter Art, da sie fortdauerndes (quiritisches) Eigentum an dem Freigelassenen nicht schlechthin ausschließt. Geht auch Vangerow, Latini 83 ff., viel zu weit, so ist doch im Fall der Manumissio seitens des Bonitariers (Ulp. 1, 16) die Annahme quiritischen Rechtes am Latinus unvermeidlich (Gai. 1, 35). Gegen Vangerow vergleiche man besonders Gai. 1, 167 (mit der Ergänzung von Huschke) und 3, 56 *(olim)*, ferner Ulp. 3, 4 *(ex iure Quiritium servus fuit)*. — [2]) Darüber K. O. Müller in der Praef. zur Ausgabe des Festus-Paulus p. XVI ff. — [3]) Verrianische Forschungen (Breslau 1887). Zur Glosse *manumitti* insbesondere S. 38 f. Das Verhalten des Festus zu seiner Vorlage erörtert Reitzenstein S. 7 ff. — [4]) Gestorben ist er hochbetagt unter Tiberius: Suet. gramm. 17. Über die Abfassungszeit des Werkes *de verborum significatu* s. Teuffel-Schwabe, Literaturgeschichte [5] 611, Schanz, Gesch. d. röm. Literatur [2] II 1, 322; dazu Reitzenstein a. a. O. S. 21: auch von den Schriftstellern, die nur in den zweiten „Teilen“ genannt sind, „überschreitet keiner den Anfang des Tiberianischen Zeitalters“, und S. 21 f. A. 1. — [5]) Über das Verhältnis zur Lex Aelia ist auch in der Fehde Hölder-Schneider nicht das letzte Wort gesprochen. M. E. kann das

Durchschlagende Kraft kommt freilich dieser chronologischen Erwägung nicht zu, weil ein anfechtbarer Zeitansatz mit einzustellen war. Dagegen dürfte eine andere Wahrnehmung von entscheidender Bedeutung sein. In der Formel, die der Freilasser bei Festus-Paulus anwendet, ist der beabsichtigte Geschäftserfolg durch ein *liberum esse* ausgedrückt. Eben diese Worte aber sind — wie die Quellen[1]) dartun — nicht erst seit dem Junischen Gesetz in Gebrauch genommen. Sie begegnen wie in einer Urkunde aus dem J. 221 p. C., so schon bei Plautus und Terenz, und nicht bloß bei Dichtern, sondern ebenso in einem Rechtsfall, den der Jurist Alfenus[2]) erörtert, ohne nur im geringsten eine Bedenklichkeit zu verraten wegen der so und nicht anders gefaßten Formel.

War aber das *liber esto* und *liberum esse iubeo* oder *volo*[3]) als Erklärung des Herrn, der seinen Sklaven *inter amicos* frei macht, schon vor der Junia üblich und von den Juristen auch als wirksam anerkannt, so setzt das offenbar die Vorstellung und die Geltung einer nur durch die prätorische Jurisdiktion geschützten „Freiheit"[4]) voraus. Wenn

---

Junische Gesetz den Konsuln des J. 772 nicht genommen werden, so lang die behauptete Interpolation der Benennung *Iunia Norbana* in den I. 1, 5, 3 noch der Aufklärung harrt.

[1]) Die Stellen sind verzeichnet in d. Ztschr. f. R.-G. R. A. 39, 424f. u. 424, 4. — [2]) D. 40, 1, 7 mit der Überschrift: *lib. VII digestorum*. Das fr. ist dem Auszug des Anonymus entnommen. Die Art der Freilassung ist nicht besonders genannt, kann aber nach dem, oben S. 120 dargelegten Inhalt der Stelle nicht zweifelhaft sein; vgl. übrigens noch Ztschr. f. R.-G. R. A. 39, 430, 2. — [3]) *Volo* statt *iubeo* findet sich außer bei Fest. ep. p. 159 (M.) bei Justinian C. I. 7, 6, 1, 2. (Auf Ulp. D. 40, 5, 30, 17 möchte ich mich nicht berufen.) Während das *volo* bei der Manumissio *testamento* nicht genügte, sowenig wie bei der Erbeseinsetzung (Gai. 2, 117: .... *at illa non est conprobata TITIUM HEREDEM ESSE VOLO*; anders Constantius C. I. 6, 23, 15, 1), muß es bei den prätorischen Freilassungen noch in republikanischer Zeit anerkannt sein. Daß dann der Gebrauch dieses Wortes durch die Lex Junia bestätigt ist, darüber vgl. die Ztschr. f. R.-G. R. A. 39, 424f. — [4]) Gaius selbst 3, 56 sagt von den prätorischen Schützlingen der vorjunischen Zeit: ... *eos omnes quos praetor in libertate tuebatur*. Dieselbe Ausdrucksweise bei Pseudo-Dosith. 8. — Meine Behauptung Ztschr. f. R.-G. R. A. 39, 389f. über das *liberari* bei Cato muß etwas gemäßigt

demungeachtet Gaius und andere in Berichten, die das Recht der Vergangenheit betreffen, den Stichus auch nach der amtsrechtlichen Manumission als *servus* bezeichnen, so legen sie augenscheinlich bloß den Maßstab des Zivilrechts an und drücken sich wohl nur deshalb so scharf aus, weil es ihnen zu Lehrzwecken ersprießlich schien, den Gegensatz der vor- und der nachjunischen Ordnung kräftig zu betonen.

Das Altersverhältnis der Verrianischen Glosse zur Lex Junia ist in verlässiger Weise auch durch die letzte Ausführung nicht ermittelt. Dagegen sind wir jetzt in der Lage, diese Altersfrage als belanglos beiseite zu schieben. Denn nach dem oben gesagten kann der in Rede stehende Text genau so, wie er lautet, gleich gut vor wie nach der Junischen Reform geschrieben sein. Damit ist auch das einzige beachtenswerte Hemmnis für die richtige Auffassung aus dem Wege geräumt. Jetzt dürfen uns weder der Befreiungsspruch der Epitome noch die Schlußworte der echten Festusglosse davon abhalten, die Verrianische Schilderung der Manumissio *sacrorum causa* auf ein prätorisches Geschäft zu beziehen.

Den Haupteinwand aber, den die neueren Gelehrten wohl erheben und auf den unleugbaren Formalismus der Festinischen Freilassung (p. 159) stützen möchten, brauche ich hier nicht besonders zu widerlegen, weil — wie ich glaube — an anderem Orte [1]) schon gezeigt wurde, wie falsch die gemeine Lehre ist, die im römischen Recht eine formlose Manumission findet. In Wahrheit kennt auch das Amtsrecht von Geschäften dieses Inhalts nur eine geschlossene Zahl, und alle drei prätorischen Arten, die sich in den Quellen nachweisen lassen, waren ebenso an Formen gebunden wie die drei legitimen.

---

werden, wenn man annehmen wollte, daß dieser Jurist das Schutzedikt der Prätoren schon gekannt hat. Unhaltbar ist die Aufstellung von Mommsen, Röm. Forschungen 1, 364, daß die Zurückforderung „freigegebener Leute“ „in die rechtliche Sklaverei“ erst durch das Junische Gesetz beseitigt sei.

[1]) Ztschr. f. R.-G. R. A. 39, 367 ff. Über die Formerfordernisse der einzelnen Arten insbesondere: daselbst S. 416 ff.

Um eine erschöpfende Erläuterung der Festusstelle zu geben, müssen wir schließlich noch zu bestimmen suchen, welche von den drei prätorischen Arten dem Verfasser der Glosse vor Augen stand. Wer die Lebenszeit des Verrius beachtet und sich anderseits ins Gedächtnis ruft, was oben (S. 133) über das Alter der einzelnen Formen bemerkt ist, dessen Wahl dürfte sofort auf die älteste Art: auf die Freilassung im Freundeskreise fallen.

Bestätigt wird diese Annahme durch Justinian (C. I. 7, 6, 1, 2), der das in der Epitome p. 159 überlieferte Geschäftsformular der Manumissio *inter amicos* zuschreibt, ferner durch das Diptychon des Lord Amherst (oben S. 119 A. 1), wo der gleiche Satz nur mit Veränderung des Schlußwortes *(iubeo* statt *volo)* als Bestandteil derselben Manumissionsform erscheint. Den Ausschlag aber gibt die durch Festus *(dicit)* wie durch den Auszug des Paulus *(dicebat)* bezeugte Mündlichkeit des Geschäftes.

Hiernach kann es sich keinesfalls um die Freilassung durch Urkunde handeln. Doch ist aus anderen Gründen auch die Beziehung auf die Manumissio *per mensam*[1]) so gut wie ausgeschlossen. Belege für das Dasein dieser letzteren Form finden sich erst in den Quellen der nachklassischen Zeit; nahezu sicher ist es, daß sie einem Zeitgenossen des Augustus noch unbekannt war. Ferner unterscheidet sie sich, einer verbreiteten Ansicht zufolge, von den anderen Arten durch den Mangel eines förmlichen Freispruchs. Freilich ist diese Eigentümlichkeit nicht unbestreitbar, zumal da das burgundisch-römische Gesetz (44) auf das Gegenteil hinweist. Wer sich aber durch diese Quelle leiten läßt, müßte dem Freilasser einen Spruch in den Mund legen, der erheblich abweicht von dem für die Manumissio der Epitome bezeugten Formular. Endlich wäre es, wie der Augenschein lehrt, kaum statthaft, die verlorenen Textstücke der Festusglosse durch Worte zu ersetzen, welche die Erfordernisse der Tischfreilassung anzeigen, während es der Verfasser, wenn er diese Form schildern wollte, gewiß nicht vermeiden konnte,

---

[1]) Zum folgenden vgl. Ztschr. f. R.-G. R. A. 39 401 ff.

die Aufnahme des Sklaven unter die Tischgenossen des Herrn hervorzuheben.

Genauere Prüfung hat uns also zu der schon früher angedeuteten Antwort zurückgeführt. Die von Verrius beschriebene Manumissio *sacrorum causa* entspricht im wesentlichen dem Typus der prätorischen Freilassung im Freundeskreise; sie ist eine Abart dieser Form. Außer jedem Zweifel stünde diese Behauptung, wenn wir wüßten, was man nur vermuten kann, daß die Anwesenheit von Zeugen in der, jetzt lückenhaften, Festusglosse erwähnt war. Immerhin dürfte es vorsichtiger sein, die herkömmliche Textergänzung, so wenig sie im einzelnen erweisbar ist, als ungefähr richtig anzunehmen. Doch liegt, wie ich glaube, auch unter dieser Voraussetzung kein Anlaß vor, von dem bisher ausgeführten etwas wegzustreichen.

So wie die Glosse in unseren Ausgaben hergestellt ist, zeigt sie die Manumission verquickt mit einem Nebengeschäft. Der Spruch des Freilassers soll nämlich so lauten:

> '*Hunc [hominem liberum esse volo, ac] pro eo auri X [puri, probi, profani, mei solvam, si] usquam digre[ssus erit a sacris, factus iuris] sui.*'

Hiernach schloß sich an das Hauptgeschäft ein Gelübde an, vermutlich mit der Wirkung, eine Strafverpflichtung zu erzeugen.[1]) Zu wessen Gunsten es gemacht war, das ist in den Worten der Zusage nicht ausgedrückt; keinesfalls kann der Freigelassene der empfangsberechtigte sein. An eine Gottheit aber müssen wir denken sowohl wegen des Namens der in Rede stehenden Manumission als wegen der Eigenschaften, welche das zu leistende Gold haben soll.[2])

Nun mag man das Votum für ein bloß sakrales oder für ein wahres Rechtsgeschäft halten, jedenfalls konnte solch einseitiges Versprechen nur wirksam sein, wenn es anderen gegenüber geäußert war. Was schon die Natur der Sache fordert[3]), bestätigt ausdrücklich Festus p. 173a Z. 13ff. (M.),

---

[1]) Über den Musterbegriff des Votums s. Pernice, Sakralrecht I in den Sitzungsber. d. Berliner Akademie 1885 LI, 1146ff. Karlowa, Röm. Rechtsgesch. 2, 579f. — [2]) Dazu noch Fest. p. 250b Z. 18ff. Fest. ep. p. 251 (M.) — [3]) Vgl. Arndts in Glücks Pand. 47, 316f.

wo von den Gelübden der in die Provinz ausziehenden Konsuln und Prätoren gesagt ist:

ea in tabulas praesentibus multis referuntur.

Nicht weniger Beweiswert haben wir dem ständigen Gebrauch von *votum nuncupare*[1]) beizumessen. Denn dieses Wort ist, wie Gaius 2, 104 lehrt, einem *palam nominare* gleichzusetzen, zeigt also ein „Aussprechen vor anderen" an.

Allerdings sind, soweit ich sehe[2]), die „nunkupierten" Gelöbnisse der Quellen entweder von Beamten geleistet oder von Priestern, nicht von Privaten. Doch bedeutet das recht wenig, da die Begründung[3]) der Vota privata in der Überlieferung stark zurücktritt. Daher sind meines Erachtens, nach dem Vorgang Karlowas[4]), die bloß für ein beschränktes Gebiet besonders beglaubigten Zeugen unbedenklich allen Gelübden, auch den privaten zuzuschreiben.

Für die Würdigung der Glosse *Manumitti* liefern die vorstehenden Bemerkungen einen nützlichen Beitrag. Hat der Verfasser die *amici* wirklich verschwiegen[5]), so brauchen wir jetzt nicht auf ihre Entbehrlichkeit zu schließen. Wahrscheinlicher ist die Annahme, daß Verrius oder sein Gewährsmann der Meinung war, das selbstverständliche nicht aussprechen zu müssen. Somit bleiben wir bei der Auffassung stehen, die in der Manumissio *sacrorum causa* eine Abwandlung der mündlichen Sklavenbefreiung vor Zeugen erblickt.

Woher aber hat dieses eigentümliche Geschäft seinen Namen? Ohne Zweifel von den nur unvollkommen erkenn-

---

[1]) Einige Belegstellen bei Pernice a. a. O. LI, 1146, 4 und Marquardt, Staatsverwaltung [2] 3, 267, 5. Dazu aus anderen Schriftstellern etwa Cic. in Verr. 5, 13, 34; Phil. 3, 4, 11. Val. Max. 1, 1, ext. 8. Plin. paneg. 67 (zu beachten auch die *vota quae non palam suscipiuntur!*). Sueton Aug. 97. — [2]) Diesen Vorbehalt möchte ich betonen. Pernice a. a. O. LI, 1146 f. und Karlowa, Rechtsgeschichte 2, 580 beziehen ohne Zweifel das *nuncupare* auch auf die privaten Vota. — [3]) Nur diese; die Erfüllung: das *ex voto* handeln, *votum solvere (v. s.)* u. a. begegnet bekanntlich in den Inschriften oft genug. — [4]) Röm. Rechtsgesch. 2, 584; dazu 2, 957. — [5]) Dieses Schweigen war dem Grammatiker dadurch möglich gemacht, daß der Name der von ihm beschriebenen Manumission der Zeugen nicht gedachte.

baren Zutaten, die in irgendwelcher Beziehung waren zu den gleichfalls näherer Bestimmung bedürftigen *sacra*.

So inhaltsleer und unbefriedigend diese Antwort ist: einstweilen wird es geraten sein, sich zu bescheiden. Vermutlich ist hier wieder einmal die wohlbekannte, für uns unüberschreitbare Grenze erreicht, da bisher selbst Gelehrte hohen Ranges nichts anderes zu bieten wußten als haltlose Einbildungen.[1]) So ist auch die Verlockung sehr gering, die älteren Deutungen um eine neue, gleich unsichere zu vermehren. Doch fällt mir dieser Verzicht wohl deshalb besonders leicht, weil ich meine, den unerfreulichen Eindruck der Lücke etwas abschwächen zu können. Allerdings nur mit fremder Hülfe, die ich der Güte eines hochgeschätzten Freundes verdanke.

Georg Wissowa, der ausgezeichnete Kenner des römischen Sakralwesens, hat mir gestattet, ein paar briefliche Bemerkungen über die rätselhafte Freilassung der Festusglosse an dieser Stelle einzuschalten. Sie lauten so:

„Etwas dem Hierodulendienst Ähnliches hat es sicher im alten Rom nicht gegeben. Ebenso scheint mir die Überweisung eines freigelassenen Sklaven *ad sacra* undenkbar. Ich zweifle daher sehr, ob in der Verbindung *manumissio sacrorum causa* das letzte Wort, wie im klassischen Latein in der Regel, die Zweckbestimmung ausdrückt, und nicht vielmehr (was sich belegen läßt, z. B. Liv. 41, 28, 11: *mortis causa* u. a.) den Anlaß, so daß die Freilassung bei Gelegenheit bestimmter Sakralakte erfolgt wäre."

Was diese Skizze andeutet, ist zum Teil in dem vorliegenden Aufsatze näher ausgeführt, zum andern Teil er-

---

[1]) Der oben S. 135 ff. angefochtenen Lehre Kellers neigen sich zu: Karlowa, Rechtsgeschichte 2, 139, Girard, Manuel [4] 116, 6, Lécrivain bei Daremberg-Saglio Dictionnaire VI, 1585 und selbst Mommsen, Staatsrecht 3 [1], 421, 2 („der also dem Götterdienst gewidmete Sklave ist nicht im rechtlichen Sinne frei"; dazu aber oben S. 136 A. 3). Anders Pernice a. a. O. 1886 LI, 1202 f., der Scaliger folgt. Noch anders Savigny, Verm. Schriften 1, 198 f. Über fremde Ansichten berichten Vangerow, Latini Juniani 59 f., 1, Rein, Privatrecht [2] 573, 2. Über S. Perozzi, Studi 2, 178 s. Ztschr. f. R.-G. R. A. 39, 390, 3.

gänzt es sehr passend die hier gemachten Aufstellungen. Wenn insbesondere Wissowas Erklärung von *causa* das richtige trifft, ist die fragliche Manumissio gewiß nicht weiter als selbständige Art zu betrachten, die einen Platz beanspruchen dürfte neben den anderen legitimen und prätorischen Formen. Denn fand sie statt nur „bei Gelegenheit bestimmter Sakralakte", so war es unerläßlich, sie in solcher Weise einzurichten, daß sie auch ohne die Verbindung mit den *sacra* wirksam bestehen konnte.

Dieses Ergebnis eignet sich vortrefflich dazu, die oben dargelegte Auffassung der Festusglosse zu bekräftigen. Und solche Unterstützung scheint auch recht wünschenswert hinsichtlich des behauptenden Teiles meiner Lehre, während der verneinende kaum einer Bezweifelung ausgesetzt ist.

Das will sagen: Festus handelt ganz gewiß weder von einer legitimen noch von der brieflichen noch von der Freilassung durch Tischgemeinschaft; streitig kann nur sein, ob er die Befreiung vor Zeugen im Auge hat. Ist aber der Schluß richtig, der aus Wissowas Ansicht abgeleitet wurde, so ist der Ausweg versperrt, die Manumissio *sacrorum causa* für eine eigene Art auszugeben, und es bleibt dann nichts anderes übrig, als die von mir vorgeschlagene Deutung.

XIX.

Die Stabfreilassung eine gerichtliche Zession. Der Spruch des Beamten.

Unentbehrlich für die Erreichung meines Ziels ist übrigens nur die Zustimmung zu der Behauptung, daß der Text des Festus und der Auszug von Paulus Diaconus nichts zu schaffen haben mit der Stabfreilassung. Zum mindesten dieser Satz darf wohl für völlig erwiesen gelten, ohne Rücksicht darauf, wie man über die weiterhin versuchte Zurückführung der Manumissio *sacrorum causa* auf den Typus der Befreiung unter Freunden denken mag. Die Lösung unserer Hauptfrage aber, worin die Tätigkeit des Gerichtsbeamten bei der Manumissio *vindicta* bestand, ist durch die voraufgeschickten Erörterungen schon wesentlich gefördert.

Vor allem ergibt sich durch die Ausscheidung der Festusstellen ein widerspruchsloser, durchsichtiger Quellenstand. Bezeugt ist einerseits der Assertor und die von ihm ausgehende Vindicatio *libertatis,* anderseits das offenbar formelle Stillschweigen des Freilassers. Bezeugt sind ferner pantomimische Zutaten, die den Sinn des rechtlichen Vorgangs verdeutlichen, ohne ihm neuen Inhalt zuzuführen. Selbst wenn man die letzteren insgesamt als Besonderheiten der Stabfreilassung ansieht, — was schwerlich zutrifft — kann füglich die Wesensgleichheit dieses Geschäftes und der Injurezessio nicht länger bezweifelt werden.

Ob infolgedessen auch der Name des allgemeineren Typus auf die gerichtliche Sklavenbefreiung erstreckt wurde, das muß dahingestellt bleiben. Wenn es nicht geschah, — was nach dem Schweigen der Quellen das wahrscheinlichere ist — so ist dafür leicht ein Erklärungsgrund zu finden.

Für das Geschäft, das den Freiheitsgewinn vermittelt, hatte man eine kurze und treffende Bezeichnung: *vindicta manumittere* oder *liberare;* dagegen war ein größerer Aufwand von Worten erforderlich, um die entsprechende Art des Eigentumserwerbs anzuzeigen. So sagt z. B. Ulpian 19, 2: *dominium . . adquiritur in iure cessione.* Der Verzicht auf so umständliche Ausdrucksweise versteht sich wohl von selbst, wo eine bequemere zur Verfügung stand.

Wenn daher in unserer Überlieferung eine *liberatio per in iure cessionem* nicht vorkommt, so ist das so wenig verwunderlich, daß sich vielmehr die Frage aufdrängt, weshalb die Römer nie von einem Eigentumserwerb *vindicta* sprechen? Doch haben wir auch für diese Gegenfrage eine Antwort. Das Stabauflegen ist nämlich außer bei der Freilassung für kein anderes friedliches Geschäft bezeugt, das in Jure zu vollziehen war. Daraus aber folgt, wenn die Quellen[1]) Vertrauen verdienen, ohne weiteres die Beschränkung des Beisatzes *vindicta* auf die gerichtliche *Manumissio.*

---

[1]) Zu Gai. 2, 24 s. oben S. 24 und S. 113 A. 3. Sicher fehlte das *vindictam imponere* auch bei der gerichtlichen Zession des Ususfructus; zu weit aber geht Karlowa, Rechtsgeschichte 2, 381 f., wenn er meint, der Erwerber habe hier nicht „Vindikant“ geheißen.

Bedenkt man noch, daß von den verschiedenen Anwendungen der Injurezessio schwerlich eine älter ist als die Sklavenbefreiung[1]), so erscheint der ihr zukommende besondere Name um so begreiflicher. Wäre die Entwicklung in der entgegengesetzten Richtung verlaufen, so hätte es allerdings nahe gelegen, der schon vorhandenen „*in iure cessio*" die später hinzutretende Freilassung auch sprachlich unterzuordnen. Dagegen konnte es den Juristen natürlich nicht beifallen, der Manumissio *vindicta* den hergebrachten Namen zu entziehen, bloß deshalb, um ihre Verwandtschaft mit gewissen Geschäften neueren Ursprungs anzudeuten.

Ins Auge gefaßt und geprüft sind bisher nur die Parteihandlungen, aus denen die Freilassung mit dem Stabe sich zusammensetzt. Betreffs ihrer dürfte, erhobenem und sonst denkbarem Zweifel gegenüber, nunmehr dargetan sein, daß sie im wesentlichen durchaus übereinstimmen mit den Parteiaktionen, die der Injurezessio angehören. Bei diesem Geschäft aber folgt auf die Vindikation des Erwerbers und die Zession des Veräußerers ein Spruch des Beamten, der mit einem *addico* den neuen Rechtszustand bekräftigt. Sollte nicht der Magistrat bei unserer Freilassung in derselben Weise mitgewirkt haben?

Mittun mußte er jedenfalls, und zwar nicht bloß durch

---

[1]) So Bechmann, Kauf 1, 555. Degenkolb, Einlassungszwang 279. Sohm, Institutionen [11] 58, 7.. A. Giffard, Confessio 40. Girard, Organisation judiciaire 1, 76 f., 3. Zweifelnd Karlowa a. a. O. 2, 384. Sehr fein ist die Hinweisung von Bechmann auf den Namen der Manumissio *vindicta*, der „von einem einzelnen in die Sinne fallenden Bestandteil hergenommen" sei, womit man die „abstrakte Bezeichnung *in iure cessio*" vergleichen möge. Die letztere schmeckt stark nach juristischer Gelehrsamkeit. — Mommsen hat bekanntlich wiederholt (so Röm. Forschungen 1, 358 ff.) dem „ältesten römischen Recht eine den Herrn bindende Freilassung" abgesprochen. Dieser Satz dürfte richtig sein, obwohl Mommsens Gründe heute kaum noch überzeugend wirken. Allzuspät darf man aber die Manumissio mit dem Stabe nicht ansetzen; vgl. Mommsen, Staatsrecht 3 [1], 58 f. 127 f. 131. 434, Girard a. a. O. 1, 76 f., 3. A. Pernice, der durchaus Mommsen folgt, hält es doch (Labeo 3, 81 Anm.) für ausgemacht, daß es rechtliche Freilassungen „spätestens seit den XII Tafeln" gab. Die römische Auffassung bei Liv. 2, 5, 9 f., dem sich Karlowa a. a. O. 2, 130 anschließt.

Anwesenheit. Denn die Manumissio mit dem Stabe ist als *legisactio* mehrfach bezeugt[1]), und zur Vollendung jeder Legisactio gehört nach Varro l. l. 6, 30 eines der drei *verba certa legitima* des Beamten. Die Auswahl unter den dreien aber ist durch die voraufgeschickte Untersuchung schon in bestimmte Richtung gelenkt. Selbst wenn uns die Quellen ganz und gar im Stiche ließen, hätte doch die Annahme einer *addictio* der Freiheit sehr große Wahrscheinlichkeit.

Diese Ansicht erscheint denn auch in der neueren Literatur[2]) als die bevorzugte, obwohl es keineswegs an Stimmen[3]) fehlt, die dem Magistrat eine *dictio* beilegen. Übrigens halten sich die gangbaren Lehrbücher abseits: fast alle[4]) bewahren Stillschweigen über unsere Frage. Ein Gelehrter: Böcking[5]) fabelt seltsamerweise von einem „*vindicias secundum libertatem dare*[6]) oder *dicere*".

Gegenüber solcher Zerfahrenheit der Meinungen über-

---

[1]) S. oben S. 126, A. 4. — [2]) Zimmern, Geschichte d. Privatrechts 1, 743. Rein, Privatrecht [2] 572. Pernice, Labeo [2] II 1, 369, 2; Ztschr. f. R.-G. R. A. 27, 152 (zweifelnd). Karlowa a. a. O. 2, 134. Degenkolb, Tübinger Festg. f. Jhering 143. — [3]) Unterholzner, Ztschr. f. geschichtl. Rechtswissenschaft 2, 149 f. Vangerow, Latini 79, 6. M. Voigt, Ius naturale 3, 40; Zwölftafeln 2, 73. Leist bei Glück B. 37. 38 IV 323 („*dico* . . . oder *addico*"). Baron, Geschichte d. röm. Rechts 1, 37. Sohm, Institutionen [11] erklärt sich auf S. 167 zwar für die Addictio, doch führt er in A. 7 S. 58 eine *dictio* an, die wahrscheinlich auf die Freilassung zu beziehen ist. — [4]) Puchta [10], Kuntze [2], Salkowski [8], Hölder [2], v. Czyhlarz [8], R. Leonhard, Cuq [1. 2], Girard [3. 4]. — [5]) Pandekten d. römischen Privatrechts [2] 1, 188. B. (ähnlich R. Leonhard) macht Ernst aus der Auffassung der Manumissio *vindicta* als Prozeß, obwohl er den Herrn nur „scheinbar" Eigentum behaupten läßt. Wo ein Prozeß ist, da muß auch ein Urteil möglich sein. Allein der Vindizienspruch ist *iurisdictio,* nicht *iudicatio* im e. S. Urteil kann er schon deshalb nicht sein, weil zum mindesten der Akt der Prozeßbegründung vollendet sein muß, ehe das Urteilen einsetzt. Durch den Vindizienspruch aber wirkt der Prätor mit bei der Herstellung des Prozeßverhältnisses. Im übrigen ist die Zugehörigkeit des *vindicias dicere* zum Streitverfahren genügend bekannt; mit der Freilassung hat es nichts zu schaffen. Vgl. dazu oben S. 8—10. S. 10 A. 1. S. 26 A. 1. — [6]) Für die Verwendung des Stichwortes *do* bei der Manumissio wüßte ich aus den Quellen nichts anzuführen. Auf eine Äußerung wie die von Constantin C. Th. 4, 9, 1: (iudices), . . . *quibus dandi ius est,* . . wird sich zu diesem Zwecke niemand berufen.

rascht es einigermaßen, die einschlagende alte Überlieferung doch nicht ganz unklar zu finden. Am meisten läßt die schon öfter benutzte Varrostelle (l. l. 6, 30) zu wünschen übrig, wo auf die Aufzählung der drei prätorischen Worte, die am *dies nefastus* unzulässig, für die Legisactio aber unentbehrlich seien, eine Bemerkung über die gerichtliche Freilassung folgt:

Quod si tum imprudens (praetor) *id verbum emisit ac quem manumisit, ille nihilo minus est liber, sed vitio, ut magistratus vitio creatus nihilo setius magistratus.*

Liest man diesen Satz im Zusammenhang mit dem vorhergehenden, so bestätigt sich von neuem die Behauptung, daß die Stabfreilassung ohne einen obrigkeitlichen Spruch nicht zustandekomme. Wie aber dieser Spruch gefaßt war, auf welches von den drei Worten Varros *id verbum* zu beziehen sei, das bleibt ungewiß.

Etwas näher gebracht werden wir der Lösung durch eine bei Macrob. Sat. 1, 16, 28 aufbehaltene Äußerung eines alten Juristen:

et quod Trebatius in libro primo religionum ait nundinis magistratum posse manumittere iudiciaque addicere.

Entscheidend aber ist allerdings nur ein Brief, den Cicero im J. 704/50 auf der Heimreise aus seiner Provinz geschrieben hat, ad Att. 7, 2, 8:

Cupio ad omnes tuas epistolas; sed nihil necesse est. Iam enim te videbo. Illud tamen de Chrysippo: nam de altero illo minus sum admiratus, operario homine. Sed tamen ne illo quidem quidquam improbius. Chrysippum vero, quem ego propter litterularum nescio quid libenter vidi, in honore habui, discedere a puero insciente me! Mitto alia, quae audio multa, mitto furta; fugam non fero, qua mihi nihil visum est sceleratius. Itaque usurpavi vetus illud Drusi, ut ferunt, praetoris in eo, qui eadem liber non iuraret, me istos liberos non addixisse, praesertim cum adesset nemo, a quo recte vindicarentur. Id tu, ut videbitur, ita accipies; ego tibi adsentiar.

Die Frage nach dem prätorischen *verbum legitimum* im Fall der Freilassung könnte füglich als erledigt gelten, so-

bald gezeigt wäre, daß Cicero in unserem Briefe, da, wo er die Addictio nennt, den amtlichen Beispruch im Sinne hat. Dieser Punkt ist freilich nicht ohne weiteres klar. Und auch im übrigen bietet der abgedruckte Text mancherlei Schwierigkeit. Doch ist eine Erklärung, die alles einzelne in zweifelsfreier Weise feststellt, hier nicht gerade notwendig. Sollte auch die versuchte Erläuterung lückenhaft bleiben, so wird doch der Brief an Atticus für unsere Zwecke gute Dienste leisten.

XX.

Die Freilassung unter der Selbstkontrolle des Beamten. — Julian Dig. 40, 2, 5. — Die gemeine und die Aelische Freilassung.

Der Sklave Chrysippus, von dem oben die Rede ist, hatte von Cicero, der ihn seiner feinen Bildung wegen schätzte, zusammen mit einem Mitsklaven die Freiheit erhalten — vielleicht erst vor kurzem — und war dem jungen Marcus, dem Sohne des Redners, als Erzieher beigesellt. In welcher Weise die Freilassung vollzogen, und ob sie rechtswirksam war, das ist nicht mit Sicherheit zu beurteilen. Dem äußeren Anschein nach muß es eine Manumissio *vindicta* gewesen sein, da Cicero sich bemüht, die Annahme eines gültigen Geschäftes dieser Art zu widerlegen. An welche Strafe er denkt, um den Vertrauensbruch des Chrysippus zu rächen, das leidet kaum einen Zweifel: offenbar will der erzürnte Patron dem Ungetreuen die Freiheit entziehen.

Was dabei die Berufung auf Drusus bedeuten soll, das lassen wir einstweilen beiseite. Was immer es sei: gestützt auf ein altes Vorbild erklärt Cicero, er habe jene Nichtswürdigen „nicht ⟨oder doch nicht wirksam⟩ als Freie addiziert, zumal da niemand anwesend war, von dem sie gültig *(recte)* ⟨in die Freiheit⟩ vindiziert werden mochten“.

Genannt sind hier zwei Bestandteile der Stabfreilassung: die Addictio und die Vindicatio des Assertors. Wie es scheint, hat in der Sache des Chrysippus doch ein *vindicare in libertatem* stattgefunden; denn Cicero leugnet es nicht geradezu ab, sondern wirft nur ein: unter den Anwesenden

sei niemand gewesen, der es rechtswirksam vollziehen konnte. Will man überhaupt dem zweifellos parteiischen Bericht Glauben schenken, so mag man etwa an einen Assertor aus dem Sklaven- oder Peregrinenstande denken, dessen Legisactio allerdings nichtig gewesen wäre.

Jedenfalls ist nach meinem Ermessen das vorgeschobene Hindernis in der Person des Vindikanten zu suchen. Auf diesen also beziehe ich die Worte: ... *a quo* ... *vindicarentur,* obwohl es, wie Gai. 1, 134 zeigt, an sich möglich wäre, umgekehrt den Partner des Vindikanten als dén aufzufassen, *a quo,* d. h. dem gegenüber die Vindicatio vorgenommen wird. Erwägt man aber den Zusammenhang, in dem die fraglichen Worte in unserem Briefe stehen, so erscheint es sicher als unzulässig, eine Auslegung anzunehmen, derzufolge Cicero sich selber die Fähigkeit absprechen würde, seinerzeit bei der Freiheits-Vindikation des Chrysippus gültig zediert zu haben, weil er — so müßten wir ergänzen — an der Legisactio auch in anderer, und zwar in amtlicher Eigenschaft als Vorsitzender beteiligt war.

Ist aber der eben ausgesprochene Satz gewiß abzulehnen, insofern er einen Gedanken begründen soll, der dem Briefschreiber fremd war, so enthält er doch eine durchaus richtige Behauptung. Ich meine, Ciceros eigene Mitteilung lasse darüber keinen Zweifel. Schreibt er doch an Atticus: mein Standpunkt ist es,

me istos liberos non addixisse.

So aber konnte er sich nur ausdrücken, wenn die Befreiung der zwei Sklaven in eine Zeit fiel, als ihr Herr Träger des legitimen Imperiums war. „Addiziert" wird bei der Manumissio *vindicta* weder vom Assertor noch vom Freilasser. Niemand hat noch für solche Verwendung des Wortes einen Beleg aus den Quellen beigebracht. Anderseits wissen wir, daß der Freilassung mit dem Stab eines der *tria verba* des Prätors wesentlich war. Wir wissen auch, daß der Beamte bei der nächstverwandten Injurezessio gerade ein *addico* zu sprechen hatte. Was also kann uns abhalten, die Briefstelle so zu verstehen, wie sie jeder verstehen muß, den nicht falsche Gelehrsamkeit irreführt? Weshalb sträuben wir uns, Ciceros Bemerkung auf den Amtsakt zu beziehen, den

er — etwa als Konsul oder Prokonsul — bei der Befreiung des Chrysippus vornahm?

Dennoch weist M. Voigt[1]) gerade diese Deutung zurück, indem er behauptet, das *me* . . *non addixisse* sei „vom Manumittierenden, nicht aber vom Prätor gesagt". Ähnlich hält es neuerdings Degenkolb[2]) nicht für ausgeschlossen, daß Cicero ungenau von einem *addicere* des Freilassers rede. Und selbst jene Schriftsteller[3]), die sich auf den Brief an Atticus berufen, um die gerichtliche Manumissio mit einer amtlichen Addictio auszustatten, scheinen das richtige nur halb unbewußt zu lehren. Denn keiner von ihnen[4]) und meines Wissens auch sonst niemand hat bisher den bemerkenswerten Satz ausgesprochen, der sich aus der zutreffenden Deutung des *me non addixisse* unausweichlich ergibt.

Wie Cicero, so müssen um dieselbe Zeit auch schon andere Imperienträger es versucht haben, die eigenen Sklaven *vindicta* vor sich selber freizulassen, wobei sie vielleicht noch auf rechtliche Bedenken der Juristen stoßen mochten. Wenn im Gegensatz hiezu die heutige Wissenschaft[5]) die Anfänge der „Selbstkontrolle" bei der streitlosen Gerichtsbarkeit um mindestens ein Jahrhundert später ansetzt, so dient ihr anscheinend als einzige Stütze ein sehr bekanntes Fragment aus dem 42. Buche von Julians Digesten (D. 40, 2, 5):

> *An apud se manumittere possit is qui consilium praebeat, saepe quaesitum est. ego qui meminissem Iavo-*

---

[1]) Ius naturale 3, 40 A. 60. Voigt verwirft die amtliche Addictio, weil „ja der *manumittendus* niemandem addiziert" wird. Diese Begründung brauche ich nicht nochmal zu widerlegen; vgl. oben S. 10ff. S. 24ff. — [2]) Tübinger Festgabe f. Jhering 140, 1. — [3]) Oben S. 148 in A. 2. — [4]) So nimmt Zimmern, der zu den S. 148 in A. 2 genannten Schriftstellern gehört, die Belege für die Manumission „bei sich selbst" nur aus den Pandekten (Gesch. d. Privatrechts 1, 745, 20). Die herkömmlichen Zitate unter Ausschluß von Cicero begegnen auch in den Arbeiten aus jüngster Zeit über das „Selbstkontrahieren"; so bei Hupka, Die Vollmacht 290f. — [5]) Nach Puchta, Institutionen [10] 2, 88 hatte „schon Javolen kein Bedenken gegen die Manumission bei sich selber". Mommsen, Staatsrecht [3] 2, 974 f., 3 erklärt dieses Verfahren, unter Berufung auf Julian und jüngere Juristen, für zulässig „wenigstens nach der späteren Auffassung". Vgl. auch Zimmern a. a. O. 1, 744f., Voigt, Rechtsgeschichte 2, 493f.

lenum praeceptorem meum et in Africa et in Syria servos suos manumisisse, cum consilium praeberet, exemplum eius secutus et in praetura et consulatu meo quosdam ex servis meis .... vindicta liberavi et quibusdam praetoribus consulentibus me idem suasi.

Wie schon der erste Blick lehrt, behandelt Julian hier gar nicht die allgemeine Frage, ob der Magistrat vor sich selber freilassen könne, sondern nur die besondere und wesentlich anders zu beurteilende, ob die Selbstkontrolle statthaft sei in den gesetzlich mißbilligten Fällen der Befreiung von Jugendlichen unter 30 Jahren[1]; oder m. a. W.: ob der Beamte auch dem Konsilium vorsitzen dürfe, das die von ihm in eigener Sache vorgebrachte *iusta causa manumissionis* zu würdigen hat.

Wie die Frage, die Julian aufwirft, so bezieht sich auch der Satz, der unter Berufung auf Javolen die Antwort vorbereitet, ausdrücklich bloß auf den Beamten, *qui consilium praebet.* Erst die Entscheidung selbst lautet in den Pandekten allgemeiner; indessen wohl nur deshalb, weil die Kompilatoren infolge Wegfalls der im Urtext erörterten Aelischen Norm an der oben durch Punkte bezeichneten Stelle etwas wegstrichen, vielleicht die Worte: *minores triginta annorum.* Übrigens kann Julians Ausführung, auch wenn sie unversehrt sein sollte, nicht anders verstanden werden, als hier angenommen wurde, da die Antwort zur

[1]) Diesen Fall, nicht den des Freilassers unter 20 Jahren, hat zweifellos Julian im Auge. Die gegenteilige Ansicht des Cujacius weist Buhl, Julianus 1, 221, 3 mit Recht zurück. Weder war Javolen als Jüngling Statthalter von Afrika und Syrien, noch Julian in solchem Alter Prätor und Konsul. Als Bestandteil der Kompilation ist freilich fr. 5 cit. anders zu deuten, als es vom Verfasser gemeint war. Dadurch aber ergibt sich ein Widerspruch mit Ulp. D. 1, 10, 1, 2, der sich nur mildern ließe durch die — im Hinblick auf Ulp. D. 40, 2, 20, 4 sehr gewagte — Annahme, daß für das Justinianische Recht fr. 1 § 2 cit. genauer als die Julianstelle das Verfahren verzeichne, welches ein Konsul unter 20 Jahren bei der Freilassung eigener Sklaven beobachten mußte. Vgl. unten S. 160, A. 4. Über die Abweichungen von der gesetzlichen Altersgrenze, die zuerst bloß als Begünstigungen der Mitglieder des Kaiserhauses vorkamen, ist Mommsen, Staatsrecht [3] 1, 574 ff. zu vergleichen.

Frage und zu der Zwischenbemerkung: *exemplum eius (Iavoleni) secutus* stimmen muß.

Doch ist allerdings noch ein zweiter Einwand zu beseitigen. Wenn die Schwierigkeit darin bestand, einem Beamten, der zugleich Partei war, die Leitung des Konsiliums zu verstatten, weshalb bejaht dann der Jurist nicht ausdrücklich dieses trotzdem anerkannte Recht? Wie kommt er statt dessen zu der irreführenden Antwort: der Beamte dürfe auch den eigenen, jugendlichen Sklaven mit dem Stabe freilassen *(vindicta liberavi et . . . idem suasi)*, während doch nach dem früher gesagten die Selbstkontrolle bei dem Akt der Manumission unter Pius nichts neues, sondern lang vorher, schon in der Zeit Ciceros zugelassen wäre?

Um Julians Ausdrucksweise recht zu würdigen, ist es nötig, die Auffassung der Römer kennen zu lernen über das Verhältnis der *causae probatio* zur *manumissio*. Bekanntlich ist bei ungünstigem Ausgang der ersteren die Freilassung ausgeschlossen. Welche Vorstellung aber hatte man im entgegengesetzten Fall, wenn die beiden Akte auf einander folgten? Sollen wir hier zwei getrennte Vorgänge annehmen, von denen jeder für sich wirkt? Oder éin zusammengesetztes Verfahren mit nur éiner Rechtsfolge?

Auf die richtige Antwort führt schon die Art, wie in der Überlieferung, besonders in den klassischen Schriften, die von der Lex Aelia durch Einschaltung der *causae probatio* herbeigeführte Neuerung sprachlich zum Ausdruck kommt. Bei den Juristen von Celsus und Julian ab bis auf Paulus begegnet häufig die Formel *apud consilium manumittere.*[1]) Derselben Worte bedient sich Antoninus Caracalla; und einen *manumissus at consilium* weist auch eine Inschrift

---

[1]) Nachweisungen im Vocabularium iurispr. 1, 937; dazu CIL. VI n. 1877 (p. 420), Ps.-Dos. 13. (unbegründet ist die Umstellung von *causa probata* bei Krüger), Antoninus C. I. 7, 1, 1. (Nicht hieher gehört Constantin, C. I. 7, 1, 4.) Aus Gaius, Institutionen ist neben 1, 19 und 20 noch 1, 18 und, wenn man mit Mommsen (anders Savigny: oben S. 118, A. 2) das *si . . fuerit* wegstreicht, 1, 38 anzuführen, da die Worte *apud consilium* wie mit *causa adprobata* auch mit *liberati fuerint* (1, 18), bez. *manumittere permittitur* (1, 38) verbunden werden können. Dem *apud consilium* entspricht ein *sine consilio manumittere* bei Jul. D. 40, 2, 4, 2 und Ulp. 1, 12.

aus dem 1. Kaiserjahrhundert auf. In der nachklassischen Zeit ist es, wie es scheint, üblicher, statt *apud consilium* zu setzen *in consilio manumittere.*[1])

Nun sind gewiß beide Formeln so zu verstehen wie sie lauten. Mithin war nach dem Aelischen Gesetz für die Stabfreilassung neben der Gegenwart des Beamten auch die des Konsiliums erfordert, und sofortige Erledigung der Sache nach der *probatio* mindestens die Regel.[2])

Noch wichtiger aber ist für uns eine andere Folgerung. Wenn der mit Vorbereitungen der Freilassung anhebende Vorgang als *manumissio apud consilium* bezeichnet wurde, so muß er als Einheit gedacht sein. Man fand also in der Lex Aelia lediglich die Vorschrift eines erweiterten Manumissionsverfahrens und schrieb den einzelnen Bestandteilen keine eigene Wirkung zu.[3]) Erst wenn der Vorgang bis zum Ende, d. h. bis zur streitlosen Vindikation der Freiheit gediehen war, trat die Rechtsfolge ein, und zwar dieselbe, die von alters der einfachen Manumissio mit dem Stabe zukam.

Sollte jemand meinen, daß es gewagt sei, Ausdrucksformen dermaßen zu pressen, um verschwiegenes zu erfahren, so darf schließlich auf ein deutlicheres Zeugnis verwiesen werden. Ein Fragment aus dem 2. Buch von Ulpians Schrift *de officio consulis* (D. 1, 10, 1 pr. § 1) gibt uns guten Aufschluß:

Officium consulis est consilium praebere manumittere volentibus. Consules et seorsum singuli manumittunt: sed

---

[1]) Gordian C. I. 2, 30 (Kr.), 2. Valerian C. I. 2, 30 (Kr.), 3 pr. CIL. XIV n. 1437 (p. 145). Theoph. I. 1, 6, 5. Dagegen lautet im Cod. Iustinianus die Überschrift von 7, 1 so: *De vindicta libertate et apud consilium manumissione.* — [2]) Im scharfen Gegensatz zu den obigen Formeln steht die Art, wie sich Gai. 1, 41 ausdrückt: *Et quamvis Latinum facere velit minor XX annorum dominus, tamen nihilominus debet apud consilium causam probare, et ita postea inter amicos manumittere.* Hier fehlt — mit Absicht — die Zusammenfassung der auf einander folgenden Vorgänge. — [3]) Unhaltbar ist die Aufstellung von Ad. Schmidt im Freiburger Prorektorats-Programm von 1856, S. 21 f., der stillschweigend von einer Annahme ausgeht, die der im Texte verteidigten geradezu widerspricht. Schmidt berücksichtigt weder den oben erwogenen Sprachgebrauch noch Ulp. D. 1, 10, 1, 1.

non potest is, qui apud alterum nomina ediderit, apud alterum manumittere: separatae enim sunt manumissiones. sane si qua ex causa collega manumittere non poterit infirmitate vel aliqua iusta causa impeditus, collegam posse manumissionem expedire senatus censuit.

Dunkel ist in diesem Fragment nur der Sinn des dem Freilasser zukommenden *nomina edere*, womit Ulpian ohne Zweifel auf die erste, das Manumissionsverfahren einleitende Handlung hinweist. Worin aber bestand sie?

Wenn ich eine Vermutung äußern darf: in dem Vorlegen einer Liste von Senatoren und Rittern, die der Freilasser aus dem Album *iudicum*[1]) nehmen mußte. Aus den vorgeschlagenen Namen hatte der Beamte sodann durch weitere Auslese das für den einzelnen Fall bestimmte Konsilium zu bilden.[2])

Im übrigen zeigt der abgedruckte Text kaum eine Schwierigkeit. Wie Ulpian versichert, war die amtliche Mitwirkung bei der Freilassung ein Recht, das jedem Konsul für sich zustand, obwohl die beiden auch zusammen handeln konnten.[3]) War aber bloß der eine Konsul mit einer Manumissionssache befaßt, so ist sie nur bei ihm, dem der Freilasser die Namen „ediert" hat, anhängig, nicht auch beim Kollegen. Demnach ist die Übertragung der Sache von

---

[1]) Mommsen hat seine Behauptung im Staatsrecht 3 [1], 535, daß „die Senatoren von Augustus aus den Richterdekurien entfernt" seien, schon in der 2. Abt. desselben Bandes S. 897, 3 als „verfehlt" zurückgezogen; ebenso im Röm. Strafrecht 210. — [2]) Anders erklärt (nach Budaeus) Jörs, Untersuchungen z. Gerichtsverfassung 3 das *nomina edere*. Er denkt an den Namen des freizulassenden Sklaven. Dazu paßt aber nicht recht die Mehrzahl: *nomina*. Meinen Vorschlag möchte ich unterstützen durch Hinweisung auf die *iudices editicii* des (Acilischen) Repetundengesetzes und des Licinischen gegen das Sodalicienverbrechen (s. Mommsen, De collegiis et sodaliciis 63 f.; Strafrecht 216 f.), und anderseits durch das dem Beamten zukommende *consilium praebere* (= *cogere* und *praeesse*; Pauly-Wissowa, R. E. III, 1938). Zur Zeit Justinians waren freilich die alten Vorschriften über die Bildung des Konsiliums längst nicht mehr in Geltung; vgl. Zimmern, Geschichte d. Privatrechts 1, 765, 29. Daher kann die Textänderung in den Bas. 6, 2, 1 *(τὸ ὄνομα)* eine beabsichtigte Berichtigung sein. — [3]) Jörs a. a. O. 29 hält es für fraglich, ob das *et* vor *seorsum* richtig überliefert ist.

dem einen Beamten zum anderen der Regel nach ausgeschlossen, sobald mit dem Verfahren begonnen war; nur von Notfällen abgesehen, für die ein Senatuskonsult Ausnahmen bewilligte. Insbesondere war, wie § 2 unseres Fragmentes (in f.) erweist, auch dás lediglich unter besonderen Umständen gestattet, nach vollendeter *causae probatio* einen Einschnitt zu machen und die förmliche Befreiung unter der Autorität eines anderen Beamten zu vollziehen, der das Konsilium nicht geleitet hatte.

Forschen wir aber nach dem Grunde dieser beschränkenden Vorschrift, so ist kein anderer zu finden als die oben geltend gemachte Einheitsvorstellung. Den Römern erscheint offenbar das Manumissionsverfahren mit Einschluß der Verhandlung vor dem Konsilium als ein Ganzes, das sich ohne Vernichtung der Rechtsfolge nicht in Stücke zerlegen läßt. Nur dem Ganzen kommt rechtliche Wirkung zu, nicht je eine besondere den einzelnen Abschnitten.

Der Inhalt der Ulpianstelle bestätigt also durchschlagend den aus der Formel: *manumissio apud consilium* hergeleiteten Schluß. Zudem verwendet der Jurist im fr. 1 auch das Wort *manumissio* gerade in dem hier behaupteten eigentümlichen Sinne. Denn wenn Ulpian bemerkt, daß Sachen, mit denen der eine Konsul, und Sachen, mit denen der andere befaßt ist, „gesonderte Manumissionen" sind, und wenn er von einem „vollenden" *(expedire)* der *manumissio* spricht, die vor dem Amtsgenossen begonnen wurde, so legt er fraglos dem ganzen Verfahren, das die *causae probatio* in sich begreift, den Namen bei, den wir gelehrt sind bloß von dem abschließenden Akte der Freiheitsvindikation zu verstehen.[1])

Damit ist zugleich Julians Ausdrucksweise im Schlußsatz des fr. 5 cit. befriedigend erklärt. Wie Ulpian das Wort *manumittere,* so gebraucht Julian das gleich geltende *vindicta liberare* in einem mehr umfassenden Sinne. Der Bescheid, den er den Rat suchenden Prätoren gibt, bezieht sich nicht auf die Statthaftigkeit der Selbstkontrolle in den Regelfällen, wo der Magistrat allein die Freilassung bewilligt oder ver-

[1]) Ebenso sicher steht *manumittere* im § 2 des cit. fr. 1 in der erweiterten Bedeutung. S. auch Gai. 1, 40.

weigert. Nur das steht in Frage, ob der Beamte auch das Aelische Manumissionsverfahren *apud consilium* leiten dürfe, wenn es sich um einen eigenen Sklaven jugendlichen Alters handelt. Ohne Zweifel war hier die Zulassung der Selbstkontrolle sehr viel bedenklicher als bei der Manumissio des voraelischen Rechtes, das auf engerem Gebiete auch nach 757/4 in Geltung blieb.

Während der alten Ordnung zufolge jede Sklavenbefreiung grundsätzlich[1]) erlaubt war, gibt es seit Augustus mehrere Gruppen von Manumissionsverboten.[2]) Unüberwindlich freilich sind die vom Gesetz aufgestellten Hindernisse nicht. Doch soll das Verbot nur in Ausnahmefällen seine Kraft verlieren: nur dann, wenn ein besonderer Grund vorliegt, der die Freilassung als eine Forderung der Billigkeit erscheinen läßt. Und ob diese Voraussetzung zutreffe, darüber soll nicht der Beamte allein entscheiden, sondern ein ihm beigeordnetes Konsilium, an dessen Spruch er gebunden ist.[3])

---

[1]) Vgl. Zimmern a. a. O. 1, 758 ff. (§ 207). — [2]) Vgl. z. B. Ulp. 1, 13 *(lex . . prohibet)*; D. 40, 1, 1 *(manumittere vetari)*. Marcellus D. 29, 1, 29, 1 *(libertas lege . . impeditur)*. — [3]) So Bethmann-Hollweg, De causae probatione 111 f. Mommsen, Staatsrecht [3] 1, 308 f. A. Schmidt, Ztschr. f. R.-G. R. A. 22, 139, 2. Bestätigt wird diese Ansicht durch Ulp. D. 1, 10, 1, 2, wenn man die Stelle so liest, wie Hotmann will, und nicht widerlegt ist sie durch Paul. D. 40, 2, 15, 1. Dagegen bietet m. E. keine Stütze der für die Mitglieder des Konsiliums gebrauchte Name *iudices* (Ulp. D. 40, 2, 16 pr. Antoninus C. I. 7, 1, 1; wegen der Echtheit vgl. Wlassak, Prozeßgesetze 2, 200, 24) und *recuperatores*. Wie die Inschriften zeigen, genügt schon die Aufnahme in die Urliste der „Richter", um einem Bürger die Bezeichnung als *iudex* zu verschaffen. Hießen also die Aelischen Ratmänner in Rom *iudices*, so schließe ich daraus nur, daß die Auswahl der fünf Senatoren und fünf Ritter an die entsprechenden Abteilungen des Richteralbums gebunden war. (Beachtenswert ist der Vorschlag von Karlowa, Rechtsgeschichte 2, 1110 zu Gai. 1, 20.) Und nicht anders sind auch die *recuperatores* der Aelischen Konsilien in den Provinzen zu erklären. Hollweg aber meint, die Ratmänner seien *iudices* genannt, weil sie entscheidende Stimme hatten, und A. Schmidt geht so weit, dem Verfahren vor dem Konsilium „die prozessualische Form des *praeiudicium*" zuzusprechen. Diese Anschauung ist sicher irrig. Die Aelischen Ratmänner haben nicht zu „judizieren"; denn es fehlt die Streitsache (die *contradictio* bei Marcian D. 40, 2, 9, 1 beweist nichts)

Zur Tendenz dieser, vom *favor libertatis* weit entfernten Vorschriften stimmt es gewiß nicht, wenn Javolen — freilich fast ein Jahrhundert[1]) nach der Aelia — dem Gerichtsmagistrat das Recht gab, als Partei und als Anwalt der eigenen Sache vor einem Konsilium aufzutreten, bei dessen Zusammensetzung er vermutlich entscheidend mitzuwirken, und dessen Verhandlungen er als Vorsitzender zu leiten hatte. Es kann daher nicht überraschen, daß die Aelische Manumission unter eigener Kontrolle noch in der Regierungszeit des Kaisers Pius einer Befürwortung seitens angesehener Juristen bedurfte, während in den Regelfällen die Freilassung bei sich selbst schon viel früher allgemein anerkannt war.

Für das eben gesagte haben wir sogar in dem schon einmal benutzten Fragment aus Ulpians Büchern *de officio consulis* ein besonderes und recht deutliches Zeugnis, und zwar im § 2:

> *Consules apud se servos suos manumittere posse nulla dubitatio est.*[2]) *sed si evenerit, ut minor viginti annis consul sit, apud se manumittere non potest, cum ipse sit qui ex senatus consulto* (Hotmann: *ex sententia*) *consilii causam examinat*[3]): *apud collegam vero causa probata, potest.*[4])

---

und damit die notwendige Voraussetzung für einen „Prozeß" *(iudicium)*. Vor dem Konsilium tritt weder ein Kläger auf noch ein Verklagter, sondern nur éine Partei: der Freilasser. Wollte man (ohne Zeugnis) dem Freiheitsassertor schon in der *causae probatio* eine Rolle zuteilen, so könnte es keinesfalls die eines Widersachers der anderen Partei sein.

[1]) S. Kalb, Jahresbericht f. Altertumswissenschaft Bd. 89 (1896 II), 229. — [2]) Unzutreffend urteilt Buhl, Julianus 1, 222 über diesen Satz. Richtig bemerkt ist die verschiedene Behandlung der gemeinen und der Aelischen Manumission von Hupka, Vollmacht 291. Doch kann ich nicht zustimmen, wenn bei der ersteren nach dem Vorgang von M. Rümelin, Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters 85, die Mitwirkung des Beamten als „rein formal" bezeichnet wird. — [3]) Nicht zweifelhaft ist mir die Verderbtheit des überlieferten Textes, obwohl ihn neuestens Karlowa, Rechtsgeschichte 2, 1110, 4 festhalten will. Ganz unergründlich sind die Worte *consilii causam examinat*, und befremdlich auch die voraufgehenden *ex senatus consulto*. Nur diese sucht Karlowa, Noordkerk folgend, zu erklären: erst der Senat habe den Konsuln das Recht zum *consilium praebere* eingeräumt, während es nach dem Gesetze bloß dem Stadtprätor zustand. Ob diese, durch nichts unterstützte Vermutung Beifall verdient, das bleibe dahingestellt.

Jedenfalls kann sie hier nicht befriedigen, weil nicht einzusehen ist, was den Juristen veranlassen mochte, gerade in unserem Satz auf die rechtliche Grundlage der konsularischen Prüfung aufmerksam zu machen. Der richtige Platz hiefür wäre offenbar im pr. des fr. 1 gewesen. Im § 2 aber will ja Ulpian nur zeigen, daß und weshalb es untunlich war, einem jugendlichen Konsul die Selbstkontrolle bei der Aelischen Manumission zu verstatten. Daher werden wir die Worte *ex senatus consulto* an der Stelle, wo sie überliefert sind, tilgen müssen und am besten wohl mit Hotmann schreiben: *ex sententia consilii causam examinat.* Wie im Schlußsatz des § 2 der Text zu ergänzen sei, darüber s. die folgende Anm. Ausführlich besprochen sind die Versuche, den richtigen Wortlaut zu finden, von H. Noordkerk, Observationum decas 3 ff. (1731). — Von der Unhaltbarkeit des Pandektentextes geht augenscheinlich auch Jörs aus, wenn er in den Untersuchungen 3 unter Lostrennung des Wortes *consilii* eine Erläuterung gibt, die sich auf das konsularische *causam examinare* beschränkt. Welche Emendation er für richtig halte, das sagt uns Jörs nicht. Läßt man aber *consilii* als echt gelten — und diese Annahme scheint mir allerdings unabweislich — so wird es kaum gelingen, einen Text vorzuschlagen, der verträglich ist mit der neuen Deutung der *examinatio* auf eine dem Konsul allein zustehende Vorprüfung der Freilassungsgründe. Zudem ergibt sich, — glaube ich — wenn man den Schlußsatz des § 2 heranzieht, die Nötigung, das *causam examinare* und das *causam probare* im wesentlichen gleichzusetzen. Daß der Ausdruck *probatio* auch die Billigung der angeführten Gründe seitens der Ratmänner einschließen kann, das zeigt Ulp. D. 40, 2, 16 pr. — [4]) Die richtige Abteilung dieser Worte hat schon die Glosse, Cuiacius Observ. 7, 18 u. A. Die Zerreißung des Verfahrens in zwei Hälften mit verschiedenen Vorsitzenden widersprach der Regel und war nur möglich kraft des im voraufgehenden § 1 genannten Senatsbeschlusses. Sollte nicht vielleicht Ulpian geschrieben haben: *apud collegam vero causa probata, ex senatus consulto (manumittere) potest?* Daß die drei Worte, nachdem sie vor *consilii* falsch eingesetzt waren, hier verloren gingen, das wäre sehr begreiflich. — In Lenels Paling. 2, 952 ist unser § 2 nicht bloß abgetrennt vom § 1; auch eine ziemlich umfängliche Erörterung aus D. 40, 2, 20 ist dazwischen geschoben. M. E. ist diese Behandlung durch den von den Kompilatoren dem cit. fr. 20 angeflickten § 4, der allerdings der gleichen Quelle entstammt wie D. 1, 10, 1, 2, nicht gerechtfertigt. Das ganze fr. 1, auch § 2, handelt von der Kompetenz der Konsuln in Freilassungssachen; wesentlich andere Fragen erörtert Ulpian im fr. 20 cit. Solcher Einschub ist wohl wenig wahrscheinlich. — Was fr. 20 § 4 sagt, stimmt übrigens keineswegs überein mit fr. 1 § 2. Doch ist der Unterschied nicht mit Lenel auf nachlässige Exzerpierung von D. 1, 10, 1, 2 zurückzuführen. Als die Byzantiner, aus Ulpian, nicht aus den Pandekten schöpfend, den § 4 dem fr. 20 hinzufügten, hatten sie Julian D. 40, 2, 5 vor Augen. Mit dieser

„Ohne allen Zweifel" also, sagt der Jurist, sei die Freilassung bei sich selbst gestattet.[1]) Dagegen hielt man sich noch zur Zeit Ulpians an das zweite Aeliche Verbot ernstlich für gebunden. Demnach wurde ein Konsul unter 20 Jahren, der seinen eigenen Sklaven befreien will, in zweifacher Eigenschaft nur zum Vollzug der Legisactio zugelassen. Die erforderliche *causae probatio* durfte er nicht selbst leiten; sie mußte stattfinden vor dem Amtsgenossen des Freilassers.

Eben diesen Ausweg scheint man ohne jedes Bedenken gewählt zu haben, obwohl den Oberbeamten die förmliche Manumissio vor einem Magistrat mit gleichem Imperium durchaus verschlossen war.[2]) Die Zerteilung des Verfahrens aber in zwei Stücke, die sich unvermeidlich ergab, hatte das von Ulpian (fr. 1 § 1 cit.) genannte Senatuskonsult ausnahmsweise, wo es die Not erheischt, für erlaubt erklärt. Und mindestens die analogische Anwendung dieser Bestimmung war gewiß gerechtfertigt, wo der Erledigung der ganzen Manumissio vor demselben Konsul entweder das Staatsrecht oder die Lex Aelia hindernd entgegenstand.

Stelle brachten sie begreiflich den Zusatz zum fr. 20 genau in Einklang, während ihnen der Widerspruch mit Julian bei der Herstellung des Titels D. 1, 10 entgangen war. Der Grund endlich für den Zusatz zum fr. 20 dürfte auch noch erkennbar sein. Das Julianfragment der Pandekten sagt nicht, für welchen Aelischen Fall es die Selbstkontrolle zuläßt; s. oben S. 152f. u. S. 153 A. 1. Den jugendlichen Beamten aber konnte man im fr. 5 nicht einschieben, ohne eine lächerliche Geschichtsfälschung zu begehen. So schien es angemessen, in den Titel 40, 2 eine zweite klare Äußerung aufzunehmen, die man unschwer aus Worten Ulpians im 2. Buche *de officio consulis* zusammensetzen konnte.

[1]) Ähnlich Ulpian D. 1, 18, 2. — [2]) Paul. D. 40, 1, 14 pr.; D. 40, 2, 18, 1. Ulpian D. 2, 1, 14 bezeugt allerdings im Kommentar zum Ediktstitel *de bonorum possessionibus* als *receptum ius*, daß, *si quis maior vel aequalis subiciat se iurisdictioni alterius, possit ei et adversus eum ius dici.* Indessen dürfen wir sicher keinen Widerspruch zwischen Paulus und Ulpian annehmen. Ist auch, trotz der Worte *ei et adversus eum*, der hier mitgeteilte Ausnahmesatz nicht zu beschränken auf die Streitgerichtsbarkeit im strengen Sinn (vgl. Ulp. D. 36, 1, 13, 4), so blieb er doch unanwendbar auf die Manumissio und wohl überhaupt auf die streitlose Legisactio. Bei dieser war wegen des Ausschlusses der Stellvertretung das persönliche Auftreten vor dem gleich oder tiefer stehenden Beamten unvermeidlich. Möglich, daß dies als besonders anstößig galt.

Eines dürfte jetzt erwiesen sein: Julians Darlegung im fr. 5 cit. hat, richtig aufgefaßt, mit der Frage nichts zu schaffen, wann die Selbstkontrolle bei der gemeinen Manumissio *vindicta* zuerst anerkannt wurde. Damit ist der verwirrende Einfluß beseitigt, unter dem die Auslegung des Briefes an Atticus (7, 2, 8) bisher zu leiden hatte. Wer Ciceros Mitteilungen unbefangen liest, muß darin ein Zeugnis finden für eine Stabfreilassung, die vorgenommen ist unter der eigenen amtlichen Autorität des Eigentümers.

Als Handhabe für die so erwünschte Vernichtung der Freiheit des Chrysippus benutzt Cicero die geübte Selbstkontrolle nicht, sofern nur die Deutung zutrifft, die oben auf S. 151 gegeben ist. Da es nun gewiß nicht die Scheu war, auch der eigenen Tat das Urteil zu sprechen, was den erbosten Patron bewog, ein Angriffsmittel ungebraucht zu lassen, so mußte der Widerstand der Juristen gegen die Freilassung „vor sich selbst" — wenn er je vorhanden war — um das Jahr 704 ziemlich überwunden sein.

Vielleicht noch weiter führt uns die Erwägung, daß das römische Staatsrecht Geschäfte vor dem Träger der gleichen oder geringeren Gewalt verhindert, und daß demzufolge den Konsuln der Republik während ihres Amtsjahres in der Regel die Ausübung eines Rechtes verwehrt war, von dem jeder andere Bürger anstandslos Gebrauch macht. Ob dieser Ausschluß der höchsten Beamten von der Manumissio der eigenen Sklaven erträglich schien, und ob man nicht schon geraume Zeit vor Cicero die Vereinigung der Partei- und der amtlichen Rolle in éiner Person für das kleinere Übel hielt, das ist eine Frage, die sich füglich aufwerfen, freilich in verlässiger Weise nicht beantworten läßt.

XXI.

Das Drusische Edikt über Freilassungen.

Nach den vorstehenden Ausführungen müssen wir Ciceros Brief sehr hoch bewerten als Zeugnis für das Kernwort, das der Prätor bei der Freilassung zu sprechen hatte. Die Zugehörigkeit der amtlichen Addictio zu diesem Geschäfte dürfte jetzt gegen Anfechtung ausreichend geschützt sein. Doch

bleibt allerdings der Wunsch noch übrig, volles Verständnis für den *ganzen*, oben abgedruckten Brieftext zu gewinnen; auch für das, was der wichtigen Bemerkung über die Addictio voraufgeht.

Was zuvörderst den Satzbau[1]) angeht, so sind die Worte *in eo, qui eadem liber non iuraret,* als Zitat aufzufassen, das eingefügt ist zur näheren Bezeichnung des *vetus illud Drusi, ut ferunt, praetoris.* Damit aber ist Bezug genommen auf ein, vermutlich ständig gewordenes Edikt, von dem nur die Anfangsworte[2]) angeführt sind. Die von Cicero selbst ausgehende Erklärung, die sich als analoge Anwendung des genannten Ediktes auf den Fall des Chrysippus ankündigt, und die von *itaque usurpavi* abhängt, beginnt erst mit den Worten: *me . . . non addixisse . . .*

Der Rechtssatz, der sich gegen Freigelassene kehrt, welche die eidliche Zusage von Diensten nach der Manumission nicht wiederholen, ist der Überlieferung zufolge von einem Prätor Drusus aufgestellt. Seit Pighius bezieht man[3]) Ciceros Äußerung meist auf einen der bekanntesten Drusi: auf M. Livius C. f., den gefährlichen Gegner des Gaius Gracchus und *patronus senatus,* dessen Prätur zwischen 637/117 und 639/115 anzusetzen ist. Indessen darf diese Personsbestimmung nicht als ausgemachte Sache gelten, da nichts uns hindert, an eines der anderen Glieder der ämterreichen Livischen Familie zu denken.[4])

---

[1]) Der befriedigend aufgeklärt ist von W. Rein, Privatrecht der Römer [2] 558, 1. Doch spricht R. irrig, statt von einem Edikt, von einer „prätorischen Formel“ des Drusus; und verfehlt scheint mir auch die Deutung des *non addixisse,* ebenso wie die auf Cicero gestützte Behauptung, daß damals jede „unfeierliche“ Freilassung widerruflich war. — [2]) Cicero benennt das Edikt des Drusus nach den Anfangsworten; nicht anders als die Juristen manche Interdikte, und Diocletian C. I. 7, 16, 21 eines der Edikte *de ordinanda liberali causa* (unter derselben Rubrik vermute ich ein zweites Edikt: über die Kautionspflicht des Freiheitsassertors; vgl. Ztschr. f. R.-G. R. A. 39, 393 f. 400. 395, 1). Hiernach kann das Edikt: *in eo, qui eadem* . . nicht so gelautet haben, wie es M. Voigt, Berichte d. sächs. Gesellschaft Phil. hist. Kl. (1878) 30, 198 A. 149 wiederherzustellen sucht. — [3]) Drumann, Geschichte Roms [1] 6, 403. Voigt, Röm. Rechtsgeschichte 1, 773. Girard, Ztschr. f. R.-G. R. A. 27, 36. — [4]) Die etwa in Betracht kommenden in Paulys R. E. IV, 1108 f. 1114 f. (1. Aufl. 1846).

Was aber enthielt das Edikt des Drusus? Da uns der Brief an Atticus den ganzen Nachsatz vorenthält, der den oben erwähnten Eingangsworten folgte, ist die Aufgabe nahezu unlösbar, den verlorenen Text aufzufinden. Weniger aussichtslos dürfte der Versuch sein, den Inhalt der prätorischen Norm zu ermitteln, weil das von Cicero dem Chrysippus angedrohte Übel gewiß der Vorschrift des Ediktes entsprechen mußte. Doch gehen auch hierüber die Meinungen der neueren Schriftsteller ziemlich weit auseinander.

Sehr unbefriedigend sind die gelegentlichen Bemerkungen zur Cicerostelle von Drumann[1]) und A. Pernice. Letzterer[2]) läßt den Drusus ein „Auskunftsmittel vorschlagen", das darin bestand: „die Freilassung wegen eines an sich gleichgültigen Formenmangels rückgängig zu machen". Allein dieser Rat hätte dem alten Prätor kaum die Ehre einer Anführung als Rechtsfinder eingebracht, da wohl jeder geschäftskundige Römer Bescheid wußte über die Folgen eines Formfehlers. Und Cicero rügt denn auch den Verstoß gegen die Form erst in zweiter Linie (verb.: *praesertim cum adesset nemo, ...*). Bloß zur Unterstützung seiner voraufgehenden Erklärung: *me ... non addixisse* ruft er einen Gewährsmann herbei.

---

[1]) A. a. O. 6, 403. — [2]) Sitzungsberichte der Berliner Akad. d. W. 1886 LI, 1177. Eine andere, schlechthin unannehmbare Erklärung deutet Pernice, Labeo 3, 84 (1892) an. Daselbst handelt er im Texte von der stipulierten Konventionalstrafe zur Sicherung der Botmäßigkeit des Freigelassenen. Dazu A. 2 (S. 84): „Um zu verstehen, wie der Freigelassene zur Abgabe des Versprechens genötigt wurde, kann man auf Cic. ad Att. 7, 2, 8 verweisen: der Prätor addizierte nicht eher *in libertatem,* als die Stipulation geschlossen war." Dieser befremdliche Ausspruch ist schwer zu beurteilen. Vor der Addiktion ist Stichus noch Sklave. Welchen Nutzen sollte die Promissio (oder der Eid) des Unfreien bieten? Daher verlangt ja Drusus ausdrücklich die Wiederholung des Eides von seiten des Freien. Natürlich sind Pernice auch die klassischen Fragmente (Ven. D. 40, 12, 44 pr. Ulp. D. 38, 1, 7 pr. § 2. Paul. D. 40, 4, 36) nicht unbekannt, die — allerdings unter Zurückweisung einer abweichenden Ansicht — betonen: *ut iurisiurandi obligatio contrahatur, libertum esse oportet qui iuret.* Was also hatte er im Sinn? Wegen der Gleichstellung der Stipulation und des Eides weise ich noch hin auf die Belege bei Lenel, Edictum 270, 5. Übrigens stimmt mit Pernice, Labeo l. c. überein C. Bertolini, Appunti didattici di diritto romano 1, 36 f. (1905).

M. Voigt und Girard ergänzen das Drusische Edikt durch die Verheißung des Prätors, dem Freigelassenen die Vindicatio *in libertatem* zu versagen. Nach der Ansicht von Rein hat Drusus die Ungültigkeit der Manumission angedroht. Karlowa[1]) endlich vermutet, daß der Prätor eben diesem Gedanken Ausdruck gegeben habe durch den Satz: „die Addictio der Freiheit solle als nicht geschehen angesehen werden."

Nach meinem Ermessen kommt Karlowas Vorschlag, obwohl die Wortfassung abzulehnen ist, dem Richtigen sehr nahe und verdient jedenfalls den Vorzug gegenüber der Annahme von Voigt. So wenig das Edikt über den Schutz der nach Amtsrecht Freigelassenen sich darauf beschränkte, dem Patron, der noch quiritischer Eigentümer war, die Vindicatio in die Sklaverei zu verweigern[2]), so wenig hat sich umgekehrt in unserem Falle die von Drusus gebotene Hülfe erschöpft in dem Versprechen, einen Libertus, der den Eid nicht wiederholen will, von der Vindicatio *in libertatem* auszuschließen.[3])

---

[1]) Röm. Rechtsgeschichte 2, 144. Die benutzten Stellen aus Voigt, Girard, Rein sind oben S. 163 A. 1—3 verzeichnet. Vgl. noch Girard, Manuel [4] 493, 6. — [2]) Das behaupten wieder Voigt, Röm. Rechtsgeschichte 1, 347 und Girard, Manuel [4] 124. Doch stimmt dazu weder die Ausdrucksweise von Gai. 3, 56 *(auxilio praetoris in libertatis forma servari solitos ... omnes quos praetor in libertate tuebatur)* noch von Pseudo-Dosith. 4 *(serviendi metu dimitti)*. 5. 12 *(si manumissores ausi erant in servitutem denuo eos per vim ducere, interveniebat praetor et non patiebatur manumissum servire)*. Fast möchte man vermuten, der Prätor habe, unter Vorbehalt einzelner Abschwächungen und Ausnahmen, den Grundsatz aufgestellt: er werde die *inter amicos* Manumittierten als Freie behandeln und schützen. Daneben war, wie es scheint, hauptsächlich das Güterrecht der so freigelassenen besonders geregelt (Gai. l. c. Ps.-Dos. 5. Karlowa, Rechtsgeschichte 2, 1120 f.). Reichte also die prätorische Norm weiter, als die genannten Gelehrten annehmen, so konnte anderseits das Edikt — auch abgesehen von den Fällen, auf die Ps.-Dos. 8 hinweist — dem Patron nicht schlechtweg den dinglichen Rechtsschutz hinsichtlich des Liberten verweigern. Zur Feststellung seines quiritischen Eigentums mußte ihm wohl die Actio *in rem per sponsionem* (unter Wegfall der Stipulatio *pro praede litis et vindiciarum*) gewahrt bleiben. — [3]) Voigt in den zit. (S. 163 A. 2) Berichten 30, 198 fügt noch den Ausschluß der Verteidigung gegenüber der Vindicatio *in servitutem* hinzu. Richtig müßte es heißen: die Verweigerung eines Assertors, der den Freigelassenen gegen die

Zu rügen ist an dieser Aufstellung vor allem der fehlerhafte Ausdruck. Augenscheinlich ist die Freiheitsvindikation verwechselt mit der Proclamatio *in libertatem*. Nur die letztere hätte dem Stichus selbst versagt werden können, nicht die erstere, die ihm gar nicht zusteht, sondern für ihn dem Assertor.[1]) Ferner aber wäre Cicero bei seiner Erklärung: *me non addixisse,* zu deutsch: die Freilassung des Chrysippus gilt nicht, schwerlich auf das Drusische Edikt verfallen, wenn nicht schon dessen Wortlaut die Anrufung nahe gelegt hätte.

Um in unserer Frage einen kleinen Schritt vorwärts zu kommen, dazu scheint mir die Heranziehung von Ps.Dos. 8 [10] förderlich zu sein.

Item ut possit habere servus libertatem, talis esse debet, ut praetor vel proconsule libertatem tueatur: nam et hoc lege Iunia cautum[2]) *est. sunt autem plures causae, in quibus non tuetur proconsul manumissionem*[3])*, de quibus procedentes ostendemus.*

Der Schlußsatz dieser Stelle macht aufmerksam auf eine Gruppe gleichartiger Ediktsklauseln aus der Zeit der Republik, zu denen, vielleicht als wichtigstes Stück, die im Atticusbrief erwähnte Vorschrift gehörte. Wie im Fall der Eidesverweigerung, so erklärten die edizierenden Prätoren, noch unter gewissen anderen Voraussetzungen den Manumissionen der Sklaven die rechtliche Geltung zu entziehen, mochte auch die Befreiung nach Volks- oder Amtsrecht richtig vorgenommen sein. Wenn dann in der Lex Junia[4]) die ein-

---

Vindikation des Herrn verteidigen soll; vgl. Traian ad Plin. ep. 66, 2: *nec adsertionem denegandam iis qui ex eiusmodi causa in libertatem vindicabuntur* und die folgende Anm.

[1]) S. Grünhuts Ztschr. 19, 721. 723 f. Das Endziel der Proclamatio ist die Zulassung *(dare)* eines Assertors. Die Abweisung des Stichus besteht darin, daß der Beamte *adsertionem denegat* (Traian in der vorigen Anm.). — [2]) Überliefert ist ἠσφάλισται und tutatum. — [3]) So die Handschriften, V wie S, und die Ausgaben von Böcking, Lachmann, Huschke. Dagegen ersetzen P. Krüger und Girard, der Ausgabe von M. Roever folgend, *manumissionem* durch *libertatem*. Der griechische Text hat ἐλευθερίαν. — [4]) Ob schon das Edikt über den Schutz der in prätorischer Weise freigelassenen auf die auch im Album verzeichneten Ausnahmebestimmungen besonders hinwies, das ist nicht zu

schränkende Wirkung dieser Bestimmungen nur für die **amtsrechtlich** Befreiten ausgesprochen war, so ist daraus natürlich kein Einwand abzuleiten gegen die behauptete Beziehung des Drusischen und der verwandten Edikte auf sämtliche Manumissionen, mit Einschluß der legitimen. Übrigens redet ja auch der Jurist bei Ps.-Dos. allgemein von den *causae, in quibus non tuetur proconsul* **manumissionem**, oder wie Andere lesen: **libertatem**, ohne beizufügen, daß jene *plures causae* bloß für die honorarische Freilassung Bedeutung haben sollen.

Ist es gestattet, das von Cicero mitgeteilte Ediktsbruchstück aus Ps.-Dos. 8 zu erläutern, so bleibt die Wiederherstellung des verlorenen Textes immer noch in so verschiedener Weise möglich, daß jeder Versuch in dieser Richtung als Willkür und daher wertlos erscheint. Nur um zu zeigen, wie leicht es wäre, den Gedanken, den wir dem Prätor Drusus zuschreiben, nach dem Vorbild eines überlieferten Ediktes auszudrücken, schalte ich hier zwei Vorschläge ein, die übrigens bloß auf Ergänzung der entscheidenden **Schlußworte** ausgehen.

Den Anfang bringt Cicero: *In eo, qui eadem liber non iuraverit* (Cicero: *iuraret*). Demnächst mußte wohl eine genauere Bestimmung von *eadem* folgen; endlich die vom Prätor dem Freigelassenen angedrohte Maßregel: *libertatem ratam non habebo.*

Dem Ausspruche Ciceros: *me non addixisse* noch näher stünde eine Ergänzung, die man nach dem Muster der von den Neueren[1]) wiederhergestellten Klausel über das Pflichtteilsrecht des *parens manumissor* entwerfen könnte. Dieses Edikt weist nämlich in den erhaltenen Eingangsworten[2]) die gleiche Ausdrucksweise auf wie das *vetus illud Drusi.* Dar-

---

entscheiden. Die in meiner Abh. Ztschr. f. R.-G. R. A. 39, 376 Abs. 2 aufgeworfene Frage ist hier bestimmter beantwortet als es mir damals möglich schien. Zu dem im Texte gesagten vgl. noch Ztschr. 39, 378.

[1]) Lenel, Edictum 282 f. (= Édit 2, 80) schließt sich zum Teil an A. Schmidt, Pflichtteilsrecht des Patronus 141, zum Teil an Rudorff, Edictum perp. 148 an. — [2]) Ulpian D. 37, 12, 1, 1 (aus dem 45. B. ad edictum): '*in eo, qui a patre avove paterno proavove paterni avi patre*' (manumissus moritur).

nach wäre es denkbar, dem letzteren folgende Fassung zu geben:

In eo, qui eadem liber non iuraverit . . . . . idem ius servabo atque si ex servitute manumissus non esset.

Anknüpfend an diese Worte hätte Cicero, der das Edikt „entsprechend" anwenden will, die Erklärung niedergeschrieben: „folglich habe ich von Rechts wegen nicht addiziert."

Der Text der Drusunorm, wie er hier zuletzt angenommen ist, beseitigt für die rechtliche Betrachtung die ganze Manumissio, während nach der Ansicht von Karlowa nur die Addictio weg zu fingieren wäre. Allein solcher Ausdrucksform konnte sich der Prätor nicht wohl bedienen, weil die Rechtswirkung der Freilassung keineswegs allein oder nur in erster Linie auf dem amtlichen Beispruche beruht. Wie es scheint, hat sich Karlowa von Cicero l. c. irreführen lassen; jedenfalls geht er bei der Besprechung des Ediktes von einer Anschauung aus, die für die Manumissio *vindicta* ebenso wenig zutrifft wie für die Injurezessio, und die er sonst selber nicht vertritt. Auf den eben berührten Punkt ist übrigens weiter unten (XXIII. XXVI) noch zurückzukommen; einstweilen darf zur Rechtfertigung des erhobenen Widerspruchs auf das schon im VI. Abschnitt[1]) gesagte verwiesen werden.

XXII.

Die Labbé'sche Glosse *Βενδίκτα.*

Die Auslegung des Atticusbriefes, die möglichst erschöpfend sein sollte, hat mehr Raum in Anspruch genommen als erwünscht ist. Indessen — zur Entschuldigung sei es gesagt — die schwierige Stelle enthält das einzige brauchbare Zeugnis über die Zugehörigkeit der Addictio zur Stabfreilassung, und, richtig verstanden, liefert sie auch für eben diese Tatsache schlechthin unüberwindlichen Beweis. Nur weil sie bisher wider Gebühr vernachlässigt war, konnten sich in der Literatur Meinungsverschiedenheiten ergeben über das in Frage stehende Stichwort.

---

[1]) Oben S. 24—33.

Wie schon einmal (S. 148 A. 3) bemerkt ist, fehlt es nicht an Schriftstellern, die das Wort *dico* als das amtliche *verbum legitimum* bei der Manumissio ansehen. Mit dem, was früher im II. Abschnitt[1]) über das Anwendungsgebiet von *dico* ausgeführt wurde, wäre der Gebrauch bei der Freilassung nicht vereinbar. Ebenso unverträglich ist er mit dem vollerwiesenen Nahverhältnis zwischen der Injurezessio und der Befreiung *vindicta*. Der Widerspruch endlich mit der Nachricht bei Cicero könnte nur beseitigt werden durch die Annahme freier Auswahl zwischen zwei „gesetzlichen Worten". Hiernach ist eine besondere Würdigung der abweichenden Ansicht von Voigt u. A. nur unter éiner Voraussetzung wie angängig so erforderlich: nur dann, wenn die Gegner glauben, sich auf ein Quellenzeugnis stützen zu können.

Nun ist es allerdings seit alters üblich, in diesem Zusammenhang eine griechische Glosse anzuführen, die so lautet:

> *Βενδίκτα. ἡ ῥάβδος μεθ' ἧς ὁ ἄρχων ἢ ὁ πραίτωρ τὴν τοῦ ἐλευθερουμένου κεφαλὴν ἔπαιον φάσκοντες, φαμὲν τὸν παρόντα ἄνθρωπον εἶναι ἐλεύθερον καὶ πολίτην ῥωμαῖον.*

Der erste, der die Glosse benutzt und so in die neuere Literatur eingeführt hat, dürfte Brissonius sein, in dessen Lexikon sie s. v. *Vindicta* abgedruckt ist mit der Bemerkung, sie stamme aus einem „Vetus Glossarium Graecum". Als Bestandteil der sog. Glossae nomicae ist sie sodann im J. 1606 von Labbé wieder veröffentlicht.[2]) Geschöpft ist dieses Wörterbuch aus mehreren Glossarien; doch hat der Herausgeber leider die ausgebeuteten Quellen nicht näher bezeichnet.[3]) Unbekannt sind nicht bloß die Verfasser der Glossen; auch

---

[1]) Oben S. 6—10. — [2]) Diese Ausgabe liegt mir nicht vor. Ich benutze Cyrilli, Philoxeni Glossaria, Paris 1679, denen das Labbé'sche Rechtswörterbuch mit besonderer Seitenzählung angehängt ist, und den Abdruck in Ottos Thesaurus iuris romani [2] III c. 1705 ff. Über die Ausgaben des Glossarium nomicum vgl. H. Haupt, Rhein. Museum für Philologie N. F. 34 (1879), 506 f.; dazu noch Bywater ebenda N. F. 42 (1887), 62 ff. In das Corpus glossariorum lat. von Loewe-Goetz sind Labbés Rechtsglossen nicht aufgenommen. — [3]) Ein paar kurze Bemerkungen in einer Note, die man in Ottos Thesaurus [2] III c. 1705 f. findet.

die Entstehungszeit ist heute noch nicht genauer bestimmt. Doch gewähren einigen Anhalt die ziemlich häufig begegnenden Verweisungen auf Stellen der Basiliken. Solche Artikel also können keinesfalls vor Leo Philosophus (886—911) verfaßt, zum mindesten nicht in die jetzt vorliegende Gestalt gebracht sein. Labbé selbst nimmt sogar für seine ganze Kompilation so späten Ursprung an, da er für sie folgenden Namen gewählt hat: Veteres glossae iuris verborum, quae in Basilicis reperiuntur. Indessen könnten manche Teile der Sammlung immerhin älter sein, da im griechischen Osten frühzeitig das Bedürfnis auftauchen mußte nach einer in der Volkssprache gegebenen Erläuterung der lateinischen Rechtswörter, die bei Justinian vorkommen.[1])

Wichtiger aber als die Entstehungszeit ist die Frage, ob uns Labbés Glossen Stücke der Vorjustinianischen Überlieferung vermitteln, die anderweit nicht erhalten sind? Sicherlich würde eine diesem Ziel zustrebende Forschung nicht ganz ohne Erfolg sein: so viel wenigstens steht jetzt schon fest.[2]) Anderseits sind nach meinem Ermessen doch nur die bescheidensten Erwartungen am Platze. Denn die allermeisten Artikel bieten dem Kenner von Justinians Rechtsbüchern nichts Neues, und soweit sie hinausgehen über diesen Rahmen verdienen sie kein Vertrauen.

Gerade unserer Glosse *Βενδίκτα* gegenüber ist der Vorwurf der Unzuverlässigkeit ziemlich leicht zu begründen. Aus dem Gesetzbuch Justinians oder aus den Basiliken hat der unbekannte Verfasser gewiß nicht geschöpft. Auf Glaubwürdigkeit könnte seine Mitteilung nur Anspruch machen, wenn man annehmen dürfte, daß ihm mittelbar oder unmittelbar eine gute, aus der klassischen Zeit[3]) stammende Nachricht vorlag.

So günstig aber wird schwerlich jemand die Glosse

---

[1]) Es gibt Glossen, die neben den Basiliken Teile des Justinianischen Gesetzbuchs oder nur die letzteren anführen. — [2]) Vgl. Krüger, Quellen u. Literatur 369, 67. Das Paulusfragment — wenn man es so nennen darf — der Glosse *Δετίγγου* hat auch Lenel seiner Paling. 1, 966 eingefügt. — [3]) Hermogenian D. 40, 2, 23 bezeugt allgemein den Wegfall der *verba sollemnia*. Der Spruch des Prätors hat den der Partei sicher nicht überlebt; eher wäre das Gegenteil zu vermuten.

beurteilen, sobald er ihren Inhalt prüft, der ebenso neu wie befremdend ist. Was kein Zeugnis eines Zeitgenossen uns vor Augen führt: den Spruch eines *lege* agierenden Beamten im ungekürzten Wortlaut hätten wir unserem Byzantiner zu danken, vorausgesetzt freilich, daß der von ihm überlieferte Text nicht Merkmale der Unechtheit an sich trägt.

Ὁ ἄρχων (d. h. wohl der Konsul) *ἢ ὁ πραίτωρ* sollen folgende Worte gesprochen haben: hunc hominem liberum civemque romanum esse dicimus.

Sofort verrät sich die ungeschickte Mache durch das Zusammensprechen der erwähnten Beamten, da doch nur einer oder (*ἢ*) der andere bei der Freilassung mitwirkt. Weiter fällt die besondere Nennung des erworbenen Bürgerrechts neben der Freiheit auf.[1]) Ist auch der Zusatz der Sache nach richtig, so dürfte doch der gewählte Ausdruck verfehlt sein. Denn zur Zeit Ciceros und der klassischen Juristen heißt die mit dem römischen Bürgerrecht verbundene Freiheit *libertas ex iure Quiritium.*[2]) Und diese Bezeichnung erweist sich auch als völlig zutreffend, weil „Quiritenrecht" dasjenige römische Volksrecht ist, dem Geltung bloß für Bürger zukam.[3]) Demnach konnte Niemand frei *ex iure Quiritium* sein, ohne römisches Bürgerrecht zu haben.[4])

---

[1]) Vielleicht ist sie veranlaßt durch Justinians Gesetz: C. I. 7, 6, 1, besonders §§ 1a. 6. 12a. — [2]) Cicero pro Caec. 96. Seneca nat. quaest. III praef. 16. Vgl. auch Cic. pro Balbo 24: *servos . . . persaepe libertate, id est civitate, publice donari videmus*, Hölder, Ztschr. f. R.-G. R. A. 19, 209 f. 213, Lenel, Edictum 207, 2, Pauly-Wissowa R. E. III, 1941. — [3]) Siehe Wlassak, Prozeßgesetze 1, 118, 27. Beweisend für diese Auffassung des *ius Quiritium:* Cic. pro Caec. 96: *Qui enim potest iure Quiritium liber esse is, qui in numero Quiritium non est?* Cic. de re p. 1, 27. Seneca l. c. (Gegenüberstellung des *ius Quiritium* einerseits, des *ius sapientium* und *ius naturae* anderseits). I. 1, 2, 2 (dazu Theoph.): *ius Quiritium, quo Quirites utuntur.* Theoph. 1, 5, 4: *iure Quiritium, τουτέστιν ἐκ τοῦ δικαίου τῶν πολιτῶν ῥωμαίων.* Isid. Orig. 5, 9, 1. Hiernach konnte ein Nichtrömer im Prozeß keine Formel gebrauchen, deren Intentio sich auf das *ius Quiritium* stützte. Wenn die Musterformel den Beisatz *ex iure Quiritium* enthielt, mußten die drei Worte für den Peregrinenprozeß gestrichen werden. Vgl. Lenel, Édit 1, 211, 3. — [4]) Der Latinus Junianus ist gesetzlich, also nach römischem Volksrecht frei. Trotzdem konnte für ihn als Nichtbürger im Libertätsprozeß nicht Freiheit *ex iure Quiritium* behauptet werden; vgl. Ulp. 3, 2 (der ganze Titel handelt nur

Endlich würde der Glosse zufolge der Spruch des Beamten Wort für Wort übereinstimmen mit der Formel, die der Freiheitsassertor zu sprechen hatte. Diese aber kann, wenn wir das Muster der Injurezessio (Gai. 2, 24) beachten, kaum anders gelautet haben als:

hunc ego hominem ex iure Quiritium liberum esse aio.[1])

Wollte man auch das φαμέν des griechischen Textes mit *dico* übersetzen statt mit *aio,* so wäre der Vorwurf noch nicht beseitigt, daß der Beamte nur wiederholt, was der Assertor ihm vorsagt. Diese Gleichheit der Rede aber ist schlechthin unannehmbar, weil der Beispruch des Prätors — mag man ihn wie immer beurteilen — keinesfalls dieselbe Bedeutung haben konnte wie die Worte des Assertors. Die alten Juristen im Kollegium der Pontifizes wären doch rechte Stümper gewesen, wenn sie nicht einen Ausdruck gefunden hätten, der deutlich hinweist auf die Verschiedenheit der Aktion des Beamten und der Partei.

So sehen wir uns zu dem Verdachte gedrängt, der unkritische Glossenverfasser habe, von sich aus oder irregeleitet von einem unwissenden Gewährsmann, die Rede des Vindikanten verwechselt mit der des Prätors. Und diese Mut-

---

von den Latinern der Lex Junia; anders Mommsen, Staatsrecht 3 [1], 643, 3): *Beneficio principali Latinus civitatem Romanam accipit, si ab imperatore ius Quiritium impetraverit.* (Eine ausweichende Deutung dieses *ius Quiritium* bei Voigt, XII Tafeln 1, 249, 11; eine unhaltbare bei Bethmann-Hollweg, De causae prob. 47 und Vangerow, Latini 87.)

[1]) So auch die neueren Schriftsteller, z. B. Unterholzner, Ztschr. f. gesch. R.-W. 2, 148. Rein, Privatrecht [2] 571. Keller, Institutionen 211. Voigt, Jus naturale 2, 39; Zwölftafeln 2, 68. 73. Fitting, Jurist. Schriften d. früheren Mittelalters 15 f. v. Czyhlarz, Institutionen [8] 50. Nach dem Vorgang von Sigonius (bei Unterholzner a. a. O. 2, 156) lassen Rein, Keller, Voigt noch die Worte aus der Legisactio *sacramento* folgen: *secundum suam causam sicut dixi ecce tibi vindictam inposui* (Prob. 4, 6. Gai. 4, 16). Meines Erachtens ist ein Spruch, der das Auflegen des Stabes begleitet, auch bei der Freilassung nicht unwahrscheinlich. Dagegen halte ich es für ein Mißverständnis, die Worte *S. S. C. S. D.,* die für die Vindikation des Streitprozesses bezeugt sind, hieher zu ziehen. Bei der Manumissio wären sie ebenso sinnlos wie bei der Injurezessio. Sie fehlen denn auch bei Gai. 2, 24.

maßung erstarkt sofort zu voller Überzeugung, wenn man gewahr wird, was unser Text sonst noch merkwürdiges bietet.

Der Beamte soll die Vindikta gehandhabt, er soll den Streich geführt haben gegen den Kopf des Freizulassenden. Allein diese Nachricht ist ohne Zweifel ganz verkehrt.[1]) Die Rechtsquellen des Altertums mit Einschluß der Justinianischen Kompilation kennen den Stab nur in den Händen der Parteien; niemals wird er dem Beamten zugeschrieben. Erst die Gelehrten des Mittelalters, und zwar die abendländischen[2]) nicht weniger als unser Byzantiner,

[1]) Selbst ein Gelehrter von so unerschütterlicher Quellengläubigkeit wie M. Voigt gesteht hier ein „Mißverständnis“ zu: Röm. Rechtsgeschichte 2, 494, 85. S. auch Zimmern, Gesch. d. Privatrechts 1, 743, 10. — [2]) Am bekanntesten ist die Accursische Glosse zu I. 1, 5, 1, die sich, sehr zu Unrecht, auf Boeth. in top. 2, 10 (Or. p. 288 f.) beruft. Doch ist die Verwirrung älteren Ursprungs, wie die Epitome exactis regibus 2, 15 (bei Conrat S. 23) zeigt, mit der das von Oisel (in Schultings Jurispr. Anteiustinianea zu Gai. ep. 1, 1 Anm. 20) mitgeteilte Exzerpt fast völlig übereinstimmt. Als *virga, qua praetor utebatur* erscheint die *vindicta* auch in der zuerst von C. Barth, Adversariorum libri LX (lib. 39 cap. 5, Francofurti 1648, col. 1762) ohne Zeitbestimmung veröffentlichten Glosse. Dagegen soll, wie Fitting, Jur. Schriften 15 f. meint, eine Bamberger Handschrift des 13. Jahrh. eine richtigere Beschreibung der Stabfreilassung darbieten. Allein die fragliche Stelle (sie ist nochmal abgedruckt in Ztschr. f. R.-G. R. A. 19, 97) weist vielmehr einige Ähnlichkeit auf mit der Glosse *Βενδίκτα*. Wie für den Byzantiner *ὁ ἄρχων ἢ ὁ πραίτωρ* die handelnden sind, so ist in der Bamberger Handschr. von der *libertas* die Rede, *que per iudicem seu pretorem ipsius virga adhibita inponebatur*. Zwar der Spruch ist nicht deutlich dem Beamten in den Mund gelegt; aber die *virga* ist unzweifelhaft die des *iudex seu pretor*. Und wenn die Glosse fortfährt: *Vendicabant enim eum in libertatem* . . ., so liegt die Beziehung auf die vorher erwähnten Beamten weit näher als auf die nicht genannten Assertoren. Conrat (Cohn), der in der Einleitung zur Epitome exact. reg. S. CLXXVII ff. Fittings Auffassung bekämpft, versucht auch zu zeigen, wie die mittelalterlichen Gelehrten, von Boethius ausgehend, zu ihrer irrigen Ansicht gelangten. Seine Vermutung hätte er noch unterstützen können durch Hinweisung auf Wallon (oben S. 128 A. 2). Indessen möchte ich lieber mit Unterholzner a. a. O. 2, 152, 25 auf das Scholion zu Persius 5, 88 (über die Ursprungszeit s. oben S. 112 A. 1) aufmerksam machen. Der Dichter selbst 5, 175 und der Kommentator zu diesem Verse gibt noch die *festuca* oder *virga* dem Liktor; der Scholiast aber zu 5, 88 (vielleicht ein anderer, aus späterer Zeit) schreibt: *vindicta virga est, qua manumittendi a praetore in capite pulsantur, ideo dicta, quod eum vindicat libertati.*

haben der Freilassung vor der Obrigkeit eine Form aufgeprägt, die wesentlich abweicht von der altrömischen. Ob dabei nur Mißverständnisse der älteren Quellen einwirkten, und welcher Art sie waren, das ist hier nicht weiter zu verfolgen.

Um aber die Glosse *Βενδίκτα* nach Gebühr zu würdigen, ist bloß éine Bemerkung noch erforderlich. Sobald der Verfasser den Stab dem *ἄρχων* zugeteilt hatte, mußte er, bei dem unverkennbaren Zusammenhang von Geste und Spruch, folgerecht auch die Wortformel, die in der klassischen Legisactio dem Assertor gehört, zur amtlichen Erklärung stempeln. Mithin kommt in unserer Glosse der, die Parteienaktion ergänzende Spruch der Magistrate gar nicht vor, und es ist daher durchaus unstatthaft, den späten Byzantiner mitstimmen zu lassen bei der Feststellung des zur Freilassung gehörigen *verbum legitimum*.

XXIII.

Bedeutung der Addictio bei der Adoption und bei der Freilassung.

Wie das zuletzt dargelegte zeigt, gibt es kein einziges achtungswertes Zeugnis, das sich dem oft erwähnten Briefe Ciceros entgegenhalten ließe. Wir dürfen es also für voll erwiesen annehmen, daß der Prätor als Kernwort seines Spruches bei der Manumissio *vindicta* ein *addico* zu verwenden hatte.

Demnach ist auch in diesem Punkte die genaue Übereinstimmung mit der Form der Injurezessio dargetan. Wie dort so folgt auch bei der Freilassung der gesetzliche Spruch des Magistrats der Legisactio der Parteien nach. Und weiter: bei beiden Geschäften hatte er sicherlich auch dieselbe Bedeutung.

Verbindet man *a praetore* (statt mit *manumittendi*) mit *pulsantur,* und ergänzt man vor *vindicat „praetor“*, so ist die mittelalterliche Lehre hergestellt. — Alle hier angeführten Darstellungen der abendländischen Gelehrten nehmen in die Spruchformel die „Freiheit nach Quiritenrecht“ auf, freilich in seltsamer Fassung *(more Quiritum).* Insofern kommen sie dem richtigen näher als die griechische Glosse.

Um eine andere Auffassung glaublich zu finden, dürften wir mit Fug eine hiezu nötigende klare Überlieferung verlangen. Da nichts dergleichen bekannt ist, würde es vielmehr erlaubt sein, die Antwort auf unsere Frage lediglich aus der Einleitung und aus den Abschnitten III. VI. VII der vorliegenden Schrift zu schöpfen. Der auf diesem Weg gewonnene Lehrsatz würde so lauten: bei der Manumissio *vindicta* addiziert der Beamte die Freiheit nicht anders als in den Fällen der Injurezessio das Eigentum oder sonst ein Recht. Hier wie dort hat er als Vertreter der Bedürfnisse des Gemeinwesens seiner Amtspflicht gemäß den formellen Beispruch bald zu gewähren bald zu versagen. Überall aber handelt es sich bei der Addictio um eine namens des Staates ausgesprochene Bestätigung[1]) des neuen oder als neu gedachten Rechtszustands, wie er seinen Ausdruck gefunden hat in den Worten des Vindikanten.

So wenig mir diese Sätze besonderen Beweises bedürftig scheinen, möchte ich doch eine Ausführung noch folgen lassen, um einerseits auf abweichende Anschauungen in der neuesten Literatur hinzuweisen und anderseits auf Äußerungen der Quellen, die mit der hier vertretenen Ansicht im Einklange sind.

Kein Geringerer als Theodor Mommsen steht in seinen Schriften hie und da[2]) so sehr unter dem Einfluß des den Neueren geläufigen Legisaktionenmythos[3]), daß er Folgerungen hinnimmt, die ihm offenbar selbst Mißbehagen verursachen.

So ist in der Studie über die römischen Patriziergeschlechter die Frage erwogen, ob die Annahme an Sohnesstatt einem geborenen Plebejer den Adel verschaffen konnte.[4]) Ohne

---

[1]) Andere Auffassungen, auf die weiter unten (S. 208 ff. 212 f. 220 ff.) noch zurückzukommen ist, sind oben S. 110 u. S. 110 A. 3 angedeutet. Für abwegig halte ich die zuletzt wieder von L. Goldschmidt, Studien zum Besitzrecht 11, Pernice, Labeo 3, 79 f., Ztschr. f. R.-G. R. A. 32, 177, 1 und Schloßmann, Injurezessio 76 vertretene Ansicht, daß durch die Freilassung der Herr seine Gewalt über den Sklaven diesem selbst übertrage: vgl. Karlowa, Rechtsgeschichte 2, 129. — [2]) Nicht überall, wie der oben S. 51 A. 2 mitgeteilte Ausspruch beweist. — [3]) Siehe oben S. 1—3 S. 93. — [4]) Röm. Forschungen 1, 74—77 (1864).

Zweifel reichte das Belieben des einzelnen Patriziers nicht hin, diesen Wechsel herbeizuführen.[1]) Und die Abhängigkeit der Arrogation von dem Gutfinden der Pontifizes sei denn auch ausdrücklich bezeugt. Dagegen weiß die Überlieferung nichts von einer solchen Voruntersuchung bei der Adoptio im engeren Sinn. In der Kaiserzeit habe sie sicher nicht stattgefunden. Trotzdem will Mommsen weit und breit keine anderen Nothelfer wahrnehmen als die Pontifizes. Wörtlich sagt er: „freilich ist schwer zu denken, mittelst welcher Rechtsform die Pontifizes die Adoption im engeren Sinn zu kontrollieren vermocht haben; aber wer wird glauben, daß in einem Gemeinwesen, wie das römische war, es von der Willkür des ersten besten Patriziers abgehangen hat so viel Plebejern als ihm beliebte den Geschlechtsadel zu verleihen?“[2])

Gewiß wird das niemand glauben. Allein zur Sicherung der richtigen Antwort ist es gar nicht nötig, die unbezeugte und unwahrscheinliche Mitwirkung der Pontifizes in Anspruch zu nehmen, von der Mommsen selbst gesteht, sie sei „schwer denkbar“.

Hatte bei der Annahme an Sohnesstatt der Beamte die Vindikation des Adoptivvaters zu bestätigen (Gai. 1, 134), so war damit verständigerweise das Recht wie die Pflicht eben dieses Beamten gegeben, einen Mißbrauch der Adoption zu verhindern; denn ein automatisch sprechender Prätor ist zu allen Zeiten ein Unding. Demnach konnte der Magistrat den Versuch, auf dem gedachten Wege die Zahl der Adligen zu mehren, zurückweisen mit der Erklärung: die beabsichtigte Adoption muß unterbleiben, weil ich die mir zustehende Addictio verweigern würde.[3])

---

[1]) Karlowa, Rechtsgeschichte 2, 245 f. 255 bekämpft Mommsen, indem er — was m. E. nicht angeht — den Eintritt des Adoptierten in das patrizische Geschlecht leugnet. — [2]) Mommsens letztes Wort zur Sache im Abriß d. r. Staatsrechts 9: „jede staatliche Mitwirkung scheint dabei ausgeschlossen; doch mögen entsprechende Prohibitivvorschriften uns unbekannt geblieben sein.“ — [3]) Auf Masurius Sabinus bei Gell. 5, 19, 11 f. berufe ich mich nicht, weil die z. B. von Zimmern, Röm. Privatrecht 1, 785 und Karlowa a. a. O. 2, 140, 2. 245 angenommene Auslegung (Zulassung der Adoption von Freigelassenen, jedoch

Wie aber verhielt es sich mit der Aufnahme von Sklaven in die Bürgerschaft durch Freilassung? Soll dieses Ereignis für das Gemeinwesen so gleichgültig gewesen sein, daß jeder Römer aus seiner Sklavenschaft Neubürger schaffen konnte „so viel als ihm beliebte“?

Th. Mommsen mußte oft genug diese Frage vor sich auftauchen sehen. Wie er zu ihr Stellung nahm, das ist sehr bemerkenswert. In einer älteren Abhandlung[1]) von 1859 würdigt er die persönliche Freiheit, wie sie von den Römern gedacht ist, klar und treffend. Sie sei kein privatrechtlicher, sondern ein publizistischer Begriff und könne nicht gewonnen werden ohne einen darauf gerichteten Gemeindebeschluß. Der erklärte Wille des Herrn, auf seine Herrschaft über den Hörigen zu verzichten, sei zwar wirksam, schaffe aber eine herrenlose Sache, nicht einen freien Mann.

Im gleichen Sinne äußert sich Mommsen noch im 3. Bande seines Staatsrechts[2]): „Die Freilassung des Sklaven laufe an sich der Konsequenz der römischen Rechtsbegriffe zuwider“, und „die testamentarische Manumission sei als Privatakt geradezu undenkbar“.

Begreiflich war von diesen Ausgangspunkten her der Weg zu den legitimen Freilassungen der geschichtlichen Zeit nicht ganz leicht zu finden. Am ehesten wird man sich wohl mit dém zufrieden geben, was im „Staatsrecht“[3]) zur Erklärung der Manumissio durch privates Testament beigebracht ist.

Mit gutem Fug haben neuere Forscher der römischen Urzeit die weitgehende Autonomie des testierenden Bürgers abgesprochen, die in unseren Quellen bezeugt ist. Ihre Anerkennung aber in einer jüngeren Epoche wird besser verständlich, wenn das Testament anfänglich durch Volksbeschluß

---

unter Ausschluß der Ingenuitätsrechte; vgl. Ulp. D. 1, 5, 27) immerhin die nächstliegende ist.

[1]) Über röm. Gastrecht und röm. Klientel, wieder abgedruckt in den Röm. Forschungen 1, 359. Dazu Mommsen, Röm. Geschichte [8] 1, 153 f. — [2]) S. 58 und S. 320; ebenso im Abriß 16 u. 23: „Der Privatakt der Freilassung kann ursprünglich rechtliche Wirkungen nicht gehabt haben.“ — [3]) Bd. 3, 1. Abt. S. 319 f. Ebenso Pernice, Formelle Gesetze 29.

Geltung erhielt, und wenn der Eintritt des Privataktes an die Stelle des Gesetzes durch das allmähliche Herabsinken der Volksbestätigung „zum Formale“ vorbereitet war. Was insbesondere die Freilassung durch privates Testament anlangt, so ist sie vielleicht ziemlich spät [1]) und zuerst nur mit beschränkter [2]) Wirkung zugelassen. Erwarb der allein durch die Willkür seines Herrn befreite nicht das Bürgerrecht, sondern bloß „Rechtsschutz und Heimatsangehörigkeit“, so erscheint die private Manumission weit weniger als regelwidrig und anstößig.

---

[1]) In welcher Zeit? Um diese Frage zu beantworten, müßte ich auf die Geschichte der römischen Testamente eingehen, die seit einigen Jahren der Gegenstand lebhaftesten Streites ist. Nur ein paar Worte füge ich ein. Die Römer: Quintus Mucius D. 50, 16, 120, Gai. 2, 224, Ulp. 1, 9 führen die testamentarische Freilassung auf die Zwölftafeln zurück. Demselben Gesetz wird auch eine besondere Bestimmung über den *statuliber* zugeschrieben. Vor allem ist es zweifelhaft, ob sich die einschlägigen Normen auf das öffentliche Testament vor den Komitien bezogen oder auf das private. M. E. sollte uns die Formel des *familiae emptor* bei Gai. 2, 104 daran hindern, in dem Texte der Zwölftafeln *uti legassit* . . . die Anerkennung des Manzipationstestamentes als solchen (selbst in seiner älteren Gestalt ohne Erbeinsetzung) zu finden. Ferner trifft, glaube ich, die schon von Quintus Mucius gelehrte Ausdeutung des *uti legassit* . . . auf die Erbeinsetzung und auf die Freilassung nicht den Sinn, den das Wort in der Zeit der Zwölftafeln hatte (anders Jörs, Rechtswissenschaft 1, 208, 4). Liegen uns aber nur späte, die alte Bedeutung des Legaltextes ändernde Interpretationen vor, so besteht keine Nötigung, die Manumission durch privates Testament ins hohe Altertum zu versetzen. — [2]) Diese Vermutung ist von Mommsen, Forschungen 1, 359. 364; Staatsrecht 3 [1], 59. 131; Abriß 16. 23 aufgestellt, und zwar für sämtliche Manumissionen, auch für die Befreiung im Komitialtestament. Doch hängt sie bei Mommsen aufs engste zusammen mit der — sehr bedenklichen und, wie ihr Vertreter (Staatsrecht 3 [1], 68f.) selbst einräumt, quellenwidrigen — Annahme eines rein patrizischen Urstaats, in dem es kein Bürgerrecht gab ohne Zugehörigkeit zu einem der Geschlechter. Daher sollen die legitimen Manumissionen sofort nach der Begründung der (Servianischen) patrizisch-plebejischen Gemeinde zu voller Wirkung gelangt, der Freigelassene also Bürger geworden sein. Mir aber scheint es nicht ausgeschlossen, daß noch in geschichtlicher Zeit der *per aes et libram* Testierende seinem Sklaven zunächst bloß geschützte Freiheit (nicht „quiritische“) geben konnte, ähnlich wie durch mündliche Erklärung *inter amicos*.

XXIV.

Der Spruch des Assertors und der vermeintliche (typische) Scheinprozeß.

Jetzt aber fragen wir, wie sich Mommsen das Aufkommen der Stabfreilassung zurechtlegen mag, da sie für ihn [1]) doch „eine lediglich vom Willen des Eigentümers abhängige Prozedur" war? Wie ist der schneidende Widerspruch zu vermeiden, der sich ergibt zwischen der Manumissio durch Privatwillkür und dem „publizistischen" Wesen der quiritischen Freiheit?

Wenn ich recht verstehe, versucht Mommsen [2]) eine Abminderung der Schwierigkeit, die ihm natürlich nicht entgangen ist, in zwiefacher Weise. Im patrizischen Urstaat seien nur Manumissionen mit halber Wirkung denkbar gewesen, dagegen keine, die den Befreiten der Bürgerschaft einordneten.

Diese Antwort kann sich einigermaßen auf die „juristische Legende der Römer" stützen, die wir aus Livius (2, 5, 9 f.) und Plutarch Popl. (7, 7) kennen. Nach der Erzählung dieser Schriftsteller wäre nicht eigentlich die Freilassung selbst [3]), sondern der Erwerb des Bürgerrechts durch die Befreiung *vindicta* von der Belohnung des Vindicius [4]) herzuleiten. Indessen ist damit wenig geholfen, wenn das widersinnige Manumissionsrecht bloß aus der Epoche der Könige entfernt wird, während es von der Stiftung der Republik ab, also in geschichtlicher Zeit vom Anfang an Geltung gehabt hätte.

Größeres Gewicht dürfte Mommsen selbst einer anderen Erscheinung beilegen, auf die er wiederholt aufmerksam macht, und die nicht er allein hervorhebt, sondern vor und neben ihm die ganze Romanistengemeinde.

Bekanntlich drückt der Spruch des Assertors nicht das

---

[1]) Staatsrecht 3 [1], 131. — [2]) Die in Betracht kommenden Stellen aus Mommsens Schriften oben S. 178 in A. 2. — [3]) Doch sagt Livius l. c. allerdings auch: *ille primum dicitur vindicta liberatus.* Deutlicher Plutarch l. c.: *(Οὐαλλέριος) ἐψηφίσατο πρῶτον ἀπελεύθερον ἐκεῖνον ἐν Ῥώμῃ γενέσθαι πολίτην.* — [4]) Vgl. übrigens oben S. 8 A. 2 und S. 123 A. 1.

Freiwerden des Stichus aus, sondern unter Vorwegnahme des dem fertigen Geschäfte zukommenden Erfolgs das Freisein. An diese Eigentümlichkeit aber hat man[1]) allgemein ebenso tiefsinnige Betrachtungen wie weitgehende Folgerungen geknüpft.

So denkt Mommsen ohne Zweifel an die dem Freiheitsprozeß entnommenen Worte *liberum esse aio*, wenn er behauptet, das römische Recht habe „keine eigene“ oder „keine unmittelbare Rechtsform“ für eine den Herrn bindende Freilassung unter Lebenden entwickelt. Die Manumissio mit dem Stabe sei gar nichts Anderes als „die fiktive Anwendung der auf Freigebung einer zu Unrecht im Sklavenstand gehaltenen Person gerichteten Klage“, und diese Gestaltung des Rechtsaktes bedeute „geradezu eine Anerkennung der prinzipiellen Unmöglichkeit der Freilassung durch den Eigentümer des Sklaven“, weil, formell betrachtet, nicht die Freiheit gegeben, sondern die angeblich vorhandene geschützt werde.

Von diesen Sätzen dürfte wohl nur ein einziger die Probe bestehen. Anders als die Manumissio durch komitiales Testamentsgesetz gründet sich die Sklavenbefreiung unter Lebenden nicht auf ein *liber esto* des Herrn. Erklären aber läßt sich der Unterschied der Formen in befriedigender Weise aus der nichtgesetzlichen Herkunft der Stabfreilassung.

Geschaffen ist dieses Geschäft — wie es scheint in sehr alter Zeit — von den Juristen, und zwar in Anlehnung an die Freiheitsvindikation des Streitprozesses. Dabei war für die Rechtskünstler der leitende Gedanke derselbe, von dem man später bei den Injurezessionen Gebrauch machte.[2]) Wenn gegenüber der Vindicatio des Freiheitsassertors der Eigentümer des Sklaven förmlich auf sein Recht der Gegenvindikation verzichtet, und wenn ferner der Beamte namens der Gemeinde die Aktion bestätigt, so durfte man füglich die Freiheit des Stichus für rechtlich gesichert erklären. In solcher Gestalt war die Manumissio in der Tat eine Schöpfung, die sich bloß durch juristische Kunst herstellen ließ, weil sie

---

[1]) Es genügt wohl, neben Mommsen (oben S. 177 A. 1 und S. 178 A. 2) Girard, Manuel [4] 116 ff. zu nennen. — [2]) S. oben S. 29, 33 und S. 113.

von vorhandenem ausging, und ihre Wirkung sich durchaus auf einleuchtende Erwägungen stützte.

Aus dem gesetzlosen Ursprung also leite ich wie die Verwendung des Assertors so den mit der Vindicatio von selbst gegebenen Spruch ab, der, die förmliche Aktion einleitend schon den Erfolg des fertigen Geschäftes verkündigt.

Übrigens hat der so gefaßte Text als Vermittler einer Manumissio zwar unsere Gelehrten in Erstaunen gesetzt, im alten Rom aber hat er kaum jemals dieselbe Beurteilung erfahren. Finden wir doch dieselbe Eigentümlichkeit, welche die streitlose Legisactio aufweist, auch bei dem wichtigen und uralten Manzipationskauf, der vermutlich als gemeinlatinische Verkehrsform schon vor der Gründung der Städte vorhanden war[1]) und gewiß kein Abkömmling der nur unter Mitbürgern gültigen Injurezessio ist.[2]) Hier wie dort fällt die Sprecherrolle dem gewinnenden, erwerbenden Teil (oder dessen Vertreter) zu, während der Mitspieler sich schweigend fügt.[3]) Wie bei der Legisactio stellt auch der Spruch des

---

[1]) Aus dieser Annahme erklärt sich am besten der in geschichtlicher Zeit festgehaltene Manzipationsverkehr zwischen Römern und Latinern: Ulp. 19, 4. Einen hergehörigen Fall aus dem J. 577 d. St. erzählt Liv. 41, 8. — [2]) Gegen Schloßmann, In iure cessio und Mancipatio (1904) haben sich W. Stintzing, Über die Mancipatio 13 f. und Girard, Manuel [4] 290, 7 erklärt. Für das höhere Alter der Manzipation kommen hauptsächlich in Betracht: das rohe Kupfer und die Wage, die ursprüngliche Beschränkung auf den Kauf, der als Entstehungsgrund des Eigentums im Formular genannt ist, die Liste der *res mancipi,* die nur Sachen des bäuerlichen Vermögens und die Rustikalservituten enthält, die Vornahme vor Zeugen (nicht vor der Obrigkeit), die Voranstellung in der Reihe der Eigentumserwerbsarten, obwohl die Manzipatio nicht allgemein anwendbar war (so bei Cic. top. 5, 28, Varro r. r. 2, 10, 4, Gai. 2, 22—24. 65, Ulp. 1, 16 u. 19, 3—6. 9, Paul. Fr. Vat. 50, Dioclet. Consult. 6, 10), endlich der Ursprung im latinischen Stammesrecht. Auf spätere Entstehung der Injurezessio deutet die Künstlichkeit des juristischen Aufbaus, die Mitwirkung des Magistrats, die Beschränkung auf den Verkehr unter Römern (Gai. 2, 65: *ius proprium est civium Romanorum,* Boeth. zu Cic. top. 28, Orelli p. 321; dazu Ztschr. f. R.-G. R. A. 41, 115 ff.). — [3]) Diese Form zeigt auch die *solutio per aes et libram* (Gai. 3, 174), für die doch heute niemand Abstammung von einer gerichtlichen Legisactio behaupten wird. — [4]) Über die Formel *liber est* bei prätorischen Freilassungen, die auch hergehört, s. Ztschr. f. R.-G. R. A. 39, 425.

Manzipatars nicht den Erwerbsvorgang als solchen fest, sondern das, was sich rechtlich daraus ergibt. Unter Römern [1]) lautet er so:

hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus est [2]) *hoc aere aeneaque libra.*

Wer unbefangen beobachtet, wird in diesen Worten schwerlich zwei „Unwahrheiten" [3]) finden und noch weniger

[1]) Ein Latiner kann auch von einem Römer nicht Eigentum *ex iure Quiritium* erwerben. Ausgeführt ist dieser Satz in der Ztschr. f. R.-G. R. A. 41 (1907), 123 ff. — [2]) Die Veroneser Gaiushandschrift hat nach Studemund dreimal (1, 119. 2, 104. 3, 167) *esto;* aber Boethius in top. 5, 28 (Orelli-Baiter p. 322) las bei Gai. 1, 119 *est,* und *est* ist auch bei Paul. Fr. Vat. 50 handschriftlich überliefert (von Huschke, Mommsen in *esto* verwandelt). Was vorzuziehen sei, darüber streitet man. Eine Literaturübersicht bei Klein, Sachbesitz 32, 77, der sich selbst, Bechmann Kauf 1, 99 folgend, für die befehlende Form entscheidet. Dagegen verteidigt die LA. *est* neben Jhering besonders Karl Lachmann (zu Gai. 1, 119 ed. Goeschen 1842), der mit Recht die Formel bei Gai. 2, 104 für ungleichartig erklärt. Ihr fehlt das *meam esse aio;* daher ist *esto* hier nicht anstößig. Unerträglich aber ist, wenn wir den Imperativ annehmen, die Asymmetrie (Schloßmann) der beiden Sätze bei der Eigentumsmanzipation. So kann m. E. das von den „Alten" entworfene Formular nicht gelautet haben; erst in der späteren Kaiserzeit mag bald *est* bald *esto* gebraucht worden sein. Darnach verstehe ich den Spruch folgendermaßen: ich behaupte Eigentümer dieses Sklaven nach Quiritenrecht zu sein, und zwar ist er mir erkauft mit diesem Wägegelde. Selbst Schloßmann, Injurezessio 19 f. räumt ein, daß die Worte des Manzipatars, so gedeutet, dem „Vorwurf eines Verstoßes gegen die Logik" entgehen. Der zweite Satz ergänzt das im ersten gesagte; beide stellen die an das fertige Geschäft geknüpfte Rechtswirkung fest. Nur éin Unterschied fällt auf. Bloß der erste Satz beginnt mit *aio;* der Manzipatar fährt nicht fort: ich behaupte, daß der Sklave erkauft ist. Daß hierin eine Feinheit steckt, und worauf der Wechsel im Ausdruck beruht, das hat Jhering, Geist [3] II 2 S. 610 f. treffend dargelegt; vgl. auch Bechmann, Kauf 1, 58 f. Eine Bemerkung aber möchte ich hinzufügen. Der Wortsinn von *emptus est* weist wie auf die Kaufwirkung hin so auf das Geschehnis, den Kaufabschluß. Nur dieser letzteren Bedeutung wegen ist die „kategorische und objektive" Ausdrucksweise *emptus est* gewählt. Da der Sprecher selbst durch seine Handlung, die der andere (vielleicht wortlos) duldet (*patitur* bei Gai. 3, 169), den Kauf zuwege bringt, wäre es unangemessen gewesen, ihm die Worte in den Mund zu legen: *aio hunc hominem mihi emptum esse.* — [3]) So Schloßmann, Injurezessio

etwas verkehrtes. Vielmehr darf die Formel, wenn sie aus der Epoche des zugewogenen Kupfers herrührt, als ebenso zutreffend wie zweckmäßig gelten, da sie die Hauptwirkung des Geschäftes aufs klarste anzeigt.

Die Rede des Manzipatars aber als „Lüge" zu bezeichnen, das ist um deswillen unzulässig, weil es den Zuhörern nicht weniger als der sprechenden Partei wohl bekannt war, auf welchen Zeitpunkt das *meum esse aio* zu beziehen sei. Niemand wird getäuscht, denn alle wissen es, daß kein Stück der Manzipation irgend eine Rechtswirkung auslösen kann, so lang der Tatbestand des Geschäftes nicht vollständig geworden ist.[1]) Oder, um es deutlicher auszudrücken: bei der Manzipation wie bei der gerichtlichen Zession war der Spruch eingestellt auf den Zeitpunkt der Geschäftsvollendung. Darin aber steckt nichts, was unbegreiflich wäre, nicht einmal etwas, worüber wir staunen dürfen, da ähnliches auch im heutigen Verkehr vorkommt[2]), ohne daß der Vorwurf der Ungenauigkeit oder gar der Unwahrheit erhoben wird.

Die vorgreifende Fassung des Spruches und der Assertor mit dem Stabe haben den heutigen Gelehrten die Unterlage

---

(1904) 15. 18. 19 f. Von einem „Lügner" und einer „Lüge" spricht er S. 15. 16. Neuestens (1905) Eisele, Ztschr. f. R.-G. R. A. 39, 82: „Rechtsbehauptung, die . . . nicht wahr sein kann."

[1]) Gegen die von Bechmann, Kauf 1, 101 f. vorausgesetzte Wirksamkeit einzelner Teile des Geschäftes vgl. Karlowa, Rechtsgeschäft 185 und besonders Klein a. a. O. 32 ff. — [2]) A und B vereinbaren bei der Verhandlung über den Verkauf der Sache x als Gültigkeitserfordernis die Herstellung einer Vertragsurkunde mit der Namensunterschrift beider Parteien. Der Verkäufer A selbst besorgt die Niederschrift, und zwar schreibt er nach dem Diktat des B.: „A. verkauft dem B die Sache x um den Preis von 1000 Mk. A. ist verpflichtet . . . ." Hat B eine „Unwahrheit" ausgesprochen, und hat A Falsches niedergeschrieben? Zustandegebracht ist der Verkauf erst dann, wenn beide Unterschriften auf die Urkunde gesetzt sind; vorher bindet er nicht. Und dessenungeachtet „verkauft" A und „ist verpflichtet"! Hätte A etwa schreiben sollen: „gedenkt zu verkaufen", „wird verpflichtet sein"? Eine Urkunde mit solchem Texte würde unwahr werden, sobald sie unterschrieben ist. Und fraglos soll sie doch das Rechtsverhältnis feststellen, wie es aus dem fertigen Vertrag hervorgeht, nicht Auskunft geben über den Stand der Verhandlung im Augenblick der Niederschrift.

geboten für die Kennzeichnung der Manumissio *vindicta* als „Scheinprozeß" oder „fingierter[1]) Prozeß" oder gar als „fiktive Klage".[2]) Mit diesen Worten glauben sie das Wesen der gerichtlichen Freilassung zu treffen.

Fragt man aber die römischen Quellen, so zeigt sich nirgends die Spur einer solchen Anschauung. Wenn die Manzipatio von Gaius eine *imaginaria quaedam venditio* genannt wird, so ist damit natürlich nichts ausgesagt über die Injurezessio oder die Freilassung. Und ebenso wenig Beweiswert hat eine Stelle in Isidors Orig. 5, 25, 32, aus der man éinen Satz auszuheben und mit einer unzulässigen Kürzung anzuführen pflegt.

Überliefert ist folgendes:

> *Cessio est propriae rei concessio, sicut est illud: Cedo iure propinquitatis. Cedere enim dicimus quasi concedere, id est, quae propria sunt, nam aliena restituimus, non cedimus. Nam cedere proprie dicitur, qui contra veritatem alteri consentit, ut Cicero: Cessit, inquit, amplissimi viri auctoritati, vel potius paruit.*

Wie Karlowa[3]) ohne Begründung die bestimmte Behauptung aufstellen konnte, „Isidor definiere" mit den hier im Druck hervorgehobenen Worten „das *cedere* bei der In-

---

[1]) Wie unpassend diese Bezeichnung ist, selbst vom Standpunkt derer, die ein „Scheingeschäft" in der Injurezessio sehen, das zeigt Bechmann, Kauf 1, 184 ff., der seinerseits vier Arten des juristischen „Scheins" unterscheiden will: das symbolische, das imaginäre, das *dicis gratia* vorgenommene Geschäft und die Fiktion (a. a. O. S. 170 ff.). Unsere Schriftsteller bedienen sich aber nicht immer der von Bechmann vorgeschlagenen Terminologie. Oben im Texte ist Schloßmann bekämpft; dabei mußte ich den Spuren dieses Gelehrten folgen. Für Bechmann (a. a. O. S. 553 ff.) ist die Injurezessio (mit Einschluß der Stabfreilassung) weder symbolisch noch imaginär, sondern ein prozessualisches *dicis causa gestum*. Meines Erachtens trifft auch dies letztere nicht zu. [Verworfen ist die Absonderung der *dicis causa* Geschäfte von den „imaginären" in der Abh. von Rabel, Ztschr. f. R.-G. R. A. 40, 300 ff.] — [2]) Der „Prozeß ein Schein", der „fictive Prozeß", die „fictive Anwendung der Klage" und ähnliches z. B. bei Mommsen, Staatsrecht [3] I, 190. III [1], 58. 630, 1; Abriß 16. — [3]) Röm. Rechtsgeschichte 2, 382. Ebenso äußert sich R. Leonhard in Pauly-Wissowa R. E. IV, 906.

jurezessio", das ist schwer zu begreifen. Anscheinend ist ihm das beigefügte Zitat aus Cicero (pro Ligario 22) entgangen; denn dieser Zusatz rechtfertigt umgekehrt die Annahme, daß Isidors Gewährsmann bei der letzten Definition an den juristischen Kunstausdruck nicht gedacht hat. Eher wäre es zulässig, den Mittelsatz auf die gerichtliche Zession zu beziehen und dann, wegen des folgenden *nam*, weiter zu vermuten, daß der Verfasser in Erinnerung an die Legisactio noch auf die besondere Bedeutung des *cedere* hingewiesen habe, die der Schlußsatz ausdrückt. Allein auch so würden die Zweifel nicht entkräftet sein, die sich auf das Cicerozitat gründen; und mit Fug dürfte man es ein arges Wagnis nennen, wenn bei einem Kompilator von der Art Isidors auf ein verbindendes *nam* Gewicht gelegt wird.

Das ungenügende Zeugnis, dessen sich Karlowa bedient, ist m. W. das einzige, aus dem sich ergeben soll, daß den Römern bei der Injurezessio das Bewußtsein des trügenden Scheines nicht gefehlt hat. Indessen war er möglicherweise vorhanden, ohne von den Alten selbst erkannt zu sein.

Karlowa[1]) spricht es klar aus, wo seines Erachtens das bloß Scheinbare allein zu finden sei. Bei der gerichtlichen Zession, so sagt er, redeten und handelten alle Beteiligten wissentlich „contra veritatem".[2]) Und in der Tat mußte sich dieser Gedanke notwendig aufdrängen, nachdem man einmal den Götzen des typischen Scheingeschäftes und Scheinprozesses auch für das römische Recht aufgerichtet und ihm die Injurezessio zum Opfer gebracht hatte. Wer aber das zu beweisende nicht als schon bewiesen annimmt, der wird sich vielleicht mit der nüchternen Erkenntnis der vorgreifenden

---

[1]) A. a. O. 2, 382. 955. Nach der Schilderung von Karlowa ist die gerichtliche Zession ein so verkünsteltes und ungereimtes Gebilde, daß sie den Abscheu mindestens aller Ungelehrten erregen muß. — [2]) Ungefähr dasselbe drückt Bechmann a. a. O. 1, 554 so aus: „während die Parteibehauptungen (und ebenso das Stillschweigen des Beklagten im Prozesse) an und für sich nur eine deklaratorische Bedeutung haben, wirken sie hier konstitutiv" . . Diese letzten Worte dürfen nicht irremachen. Auch B. (a. a. O. 1, 177 ff. 553 f.) denkt sicher an den subjektiven Zweck, dem dann die „konstitutive" Wirkung entspricht.

Fassung der Sprüche begnügen und auf den mehr interessanten als richtigen „Schein" ganz verzichten.[1])

Freilich ist von anderen Schriftstellern noch anderes zur Begründung geltend gemacht. So betont man häufig die „prozessualische Form" und bezeichnet darnach die Injurezessio meistens als „Scheinprozeß". Da jedoch dieser Begriff von den Römern nicht überliefert ist, kann unsere Legisactio nur gemessen werden an demjenigen Dinge, das heute in der Wissenschaft den Namen „Scheinprozeß" führt.

Um festen Boden zu gewinnen, lasse ich die Begriffsbestimmung folgen, von der H. Degenkolb[2]) ausgeht. Wie dieser Gelehrte versichert, ist es „feststehende Terminologie", unter Scheinprozeß „die Anwendung prozessualischer Formen zu vertragsmäßiger Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges" zu verstehen.

Nun hängt aber alles davon ab, welche Vorstellung man vom „Prozeß" und demnach von den „prozessualischen Formen" hat. Degenkolb unterstellt von vornherein einen auf der Verschiedenheit der Zwecke ruhenden Gegensatz von Prozeß und Rechtsgeschäft (Vertrag). Daher würde er „prozessualische Formen" als solche gar nicht gelten lassen, wo der äußere Vorgang in keiner, auch nicht in trügender Weise auf den Rechtsschutzzweck hindeutet.

Indessen, sprachwidrig ist es gewiß nicht, Ausdrücke wie „Prozeß" und gar „prozessualische Formen" anzuwenden ohne jede Rücksicht auf die Zweckbeziehung. Wer den Begriff möglichst weit fassen wollte, könnte sich darauf beschränken, Gebundenheit der Rechtshandlung an den Gerichtsort (das *ius*) und an die Mitwirkung der Gerichtsobrigkeit zu verlangen. In diesem Sinne wäre die Injurezessio unzweifelhaft ein Prozeß, doch keineswegs bloß zum Scheine, sondern ein wahrer Prozeß. Niemand würde ja begreifen, was in dem Tatbestand der Legisactio bloß imaginär sein soll, und niemand — er müßte denn an prädestinierte

---

[1]) [In weiterem Umfang als es hier versucht ist hat neuestens (1906) Rabel, Ztschr. f. R.-G. R. A. 40, 290ff. den Kampf gegen die typischen Scheingeschäfte aufgenommen.] — [2]) Einlassungszwang 236. Dazu Wach, Zivilprozeß 1, 50f.

Wirkungen der Legisaktionen glauben — würde sagen können, die Injurezessio sehe so aus, als müßte sie diese Wirkung haben, während sie doch eine andere hat.[1])

Vergessen wir aber eines nicht. Es wäre verkehrt, für das moderne Juristenwort „Prozeß“, mit dessen Hülfe wir die Injurezessio ergründen wollen, den Inhalt zu bestimmen, ohne vorher sorgsam zu erwägen, in welcher Gestaltung der „Prozeß“ unserer Sprache sich am besten dazu eignet, die aus Rom uns überkommenen Baustücke zu tragen und ihre Verbindung zum glaubhaften Ganzen zu fördern.

Meiner Überzeugung nach wird der Darsteller der römischen Zivilgerichtsordnungen das nachgerade unentbehrliche Wort[2]) für einen Begriff vorbehalten müssen, den die römische Überlieferung unmittelbar und in klarer Ausprägung darbietet, und dem überdies in dem zu schildernden Gebiete eine alles Andere überragende Wichtigkeit zukommt. Hiernach dürfte die Wahl kaum noch zweifelhaft sein. „Prozeß“ sollte für den Romanisten nur das heißen, was die Römer

---

[1]) Diese letzten Worte aus Bechmann a. a. O. 1, 178. — [2]) Die Entgegnung, es wäre doch besser, die lateinischen Quellenausdrücke beizubehalten, möchte ich besonders zurückweisen. Der Geschichtschreiber muß ein Mittler sein zwischen Vergangenheit und Gegenwart. Empfängt durch seine Sprache das Altertum eine moderne Färbung, so wird dieser Fehler mehr als wett gemacht durch die stärkere Belichtung, die schärferes Sehen ermöglicht. So haben uns ohne Zweifel Mommsens glückliche Verdeutschungen reichen Gewinn gebracht. — Und einen anderen Grund darf ich noch anführen. Der Gebrauch von Fremdwörtern ist eine sehr bequeme Zuflucht für Unklarheit und Unwissenheit. M. E. hat die sorglose Verwendung von *actio* und *iudicium* in den Abhandlungen der Neuzeit den Fortschritt in der Erkenntnis des römischen Gerichtswesens mindestens in gleichem Maße verzögert wie der gefährliche Mißbrauch, der mit dem deutschen Wechselbalg „Klage“ getrieben wird (auch in den Erörterungen zum griechischen Prozeß). Jedes Lexikon weist unzählige Ausdrücke mit sehr vielen, oft weit auseinander liegenden Bedeutungen auf. Für *actio* und *iudicium* aber (mit denen die Philologen freilich nichts anzufangen wußten) soll das nicht gelten! Im Gegensatz hiezu halte ich folgendes Urteil für begründet. Wo ein heutiger Schriftsteller von der *actio* oder von der „Klage“ oder vom *iudicium* spricht, ohne klar auszudrücken, was er meint, da mag der Leser (ich wiederhole ein bekanntes Wort) dies als Alarmschuß betrachten, der anzeigt, daß der Wirrwarr beginnt.

lis oder *iudicium* nennen.[1]) Der mit diesen Namen bezeichnete Vorgang und das daraus entspringende Rechtsverhältnis ist unter allen gerichtlichen Ereignissen weitaus das wichtigste. Dem *iudicium* sind bis zum Ende der klassischen Zeit die Streitbefestigung und das Privatgericht eigentümlich und selbst in Justinians Rechtsbüchern wirken diese Einrichtungen noch in der erheblichsten Weise nach.[2])

Ist für Rom[3]) ein „Prozeß" nur anzunehmen, wo die Parteien ein rechtliches, durch Urteil zu lösendes Streitverhältnis begründen, so haben wir unweigerlich auszuscheiden: das zur Konfessio in Jure und das zum Schiedseid führende Verfahren, ferner, von Ausnahmefällen abgesehen, die Zwangsvollstreckung, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, das Sicherungsverfahren mit prätorischer Stipulatio und Missio u. a. m.

Weiter aber ist es unmöglich, von diesem Standpunkt aus der Kennzeichnung der streitlosen Legisactio als „Scheinprozeß" zuzustimmen. *Lis* und *iudicium* verlangen notwendig Streit, dagegen die Injurezessio und die Manumissio *vindicta* sind zwar gerichtliche, aber friedliche Geschäfte. Daher können die letzteren im Ganzen betrachtet schlechterdings nicht das Abbild eines „Prozesses" sein, und ebensowenig sind die Wirkungen hier und dort auch nur vergleichbar.

---

[1]) Anderer Ansicht ist R. Schott, Röm. Zivilprozeß (1904) 14. Über den römischen Prozeßbegriff s. Wlassak, Prozeßgesetze 2, 10 ff. Die wichtigsten Bedeutungen von *actio* (das Wort zeigt unter anderem auch die „Prozeßbegründung" und den „Prozeß" an) sind zusammengestellt in Pauly-Wissowa R. E. I, 303 ff., dazu oben S. 6 A. 1 und S. 90 A. 2. Daß *actio* von Haus aus nicht gerade auf „prozessualisches" Handeln oder doch auf Rechtsverfolgung hindeutet, das beweist die sicher uralte (s. Jörs, Rechtswissenschaft 1, 21 ff. u. 88, 5) Verwendung des Wortes für außergerichtliche Rechtsgeschäfte, wofür sich noch bei Paulus Belege finden: Fr. Vat. 47a (Mancipatio), D. 17, 2, 65 pr. (die Bemerkung zu dieser Stelle in meinen Proz. G. 2, 41, 38 ist schon R. E. I, 303 zurückgenommen unter Berufung auf Labeo bei Ulp. D. 50, 16, 19), D. 45, 1, 80 (Stipulatio); ebenso bei Gai. 2, 102. 104 *(quod per aes et libram agitur)* und Ulp. D. 50, 17, 31 (Lenel: Ulp. n. 2886). In sehr weitem Sinne steht *actio* auch bei Celsus-Ulp. D. 24, 1, 3, 12. — [2]) Vgl. Pauly-Wissowa R. E. I, 306. IV, 216. — [3]) Es liegt mir fern, eine Meinung zu äußern über die Begrenzung des Prozeßbegriffs, die sich für das deutsche Reichsrecht am besten empfiehlt.

Meines Wissens hat es auch mit Ausnahme von Böcking und R. Leonhard [1]) kein anderer Gelehrter unzweideutig ausgesprochen, daß die Wirklichkeit, die dem „Schein" der Injurezessio und der Stabfreilassung entsprechen soll, im Streitprozeß zu finden sei.

Nur ein leiser Anklang an diese unhaltbare Vorstellung ist es, wenn für die Vindicatio, auch wo ihr eine Zession gegenübertritt, das Allerweltswort „Klage" und für den Erwerber die Bezeichnung „Scheinkläger" gebraucht wird. Irreführend sind diese Namen besonders darum, weil sie den Gedanken [2]) nahelegen, als sei zuweilen im alten Legalverfahren der sein Recht verfolgende und des Streites gewärtige „Kläger" während der Aktion durch das Anerkenntnis des Gegners freudig überrascht worden und habe sich erst hinterher zum friedlichen, weil befriedigten Bürger verwandelt oder gar zum Erwerber.

Mir wenigstens erscheint es als ein seltsamer Kinderglaube, zu meinen, der Prätor habe jemals an den Mitspieler des Vindikanten die Frage gerichtet: *an contra vindicet,* ohne es im voraus zu wissen, wie die Antwort sein wird. Man vergleiche doch nur Gai. 2, 24 mit 4, 16! Die bei der Injurezessio bezeugte Frage kommt im formellen Streitverfahren gar nicht vor, während sie niemals fehlen dürfte, wenn ein Umschlagen der streitigen Legisactio in eine friedliche noch möglich wäre. Und selbst wer sich bloß an Gai. 2, 24 hält, konnte schon aus dieser Stelle eine gesündere Auffassung der gerichtlichen Legisactio schöpfen. In geschichtlicher Zeit ist sie nie etwas Anderes gewesen als ein in der Vorverhandlung genau vereinbartes Spiel, das, wenn es gültig sein soll, jede Überraschung ausschließt. Durch Gaius aber a. a. O. ist uns diese Erkenntnis vermittelt, weil dort der vom Prätor gefragte nicht etwa als *adversarius* des Vindikanten bezeichnet

---

[1]) Institutionen 175f. 273. Über Böcking, der nur bei der Manumissio einen Streitprozeß annimmt, vgl. oben S. 148 A. 5. Ob hier auch noch die Schriftsteller zu nennen wären, die — sehr unpassend — die Injurezessio als lis imaginaria bezeichnen (z. B. Girard, Manuel [4] 290), das ist mir doch zweifelhaft. — [2]) Der z. B. bei A. S. Schultze, Privatrecht und Prozeß 1, 459 f. deutlich hervortritt. S. bekämpft von diesem Standpunkt aus die Scheinvindikation.

ist, sondern als *is qui cedit.* Daraus hätte man leicht ersehen können, daß die Frage nur an solche Personen gerichtet wird, die vor der Legisactio erklärt haben, zedieren zu wollen.

Als Führer der heutigen Gelehrten in Sachen des typischen Scheinprozesses ist oben Degenkolb genannt, der, wie die Anderen, einen auch die Konfessio in Jure umfassenden Prozeßbegriff voraussetzt. Nach der Lehre dieser Schriftsteller ist nicht das Streitverfahren, sondern die Vindicatio mit folgendem Anerkenntnis die Urform, als deren „unechte" Nachbildung sich die Injurezessio nebst der gerichtlichen Freilassung darstellt.[1]) Nur „scheinbar" aber ist die Vindicatio (der „Prozeß" oder die „Klage") in der Vereinigung mit der Zession um deswillen, weil sie sich als Rechts**schutz**verfahren ausgibt, während sie in Wahrheit auf vertragsmäßige Begründung von Rechten, meist auf Veräußerung ausgeht.

Eben dieser Anschauung huldigt offenbar auch Mommsen[2]), wenn er von der Beteiligung des Beamten an der gerichtlichen Manumission sagt, sie sei „keineswegs öffentliche Bestätigung der Freilassung als solcher, da der Magistrat formell nichts tut als was anderweitig seines Amtes ist und seine Mitwirkung, deren wirkliche Bedeutung er nicht zu kennen braucht und offiziell nicht kennt, nicht verweigern kann".

Denkbar ist die hier angenommene Unkenntnis des Beamten nur dann, wenn die vor seinen Augen sich abspielende Formalhandlung zum mindesten zwei verschiedene Deutungen zuläßt. Was der Assertor und der als Herr des Sklaven auftretende Mitspieler auf der Gerichtsstätte vornehmen, das ist gewiß auch im Sinne Mommsens entweder eine („echte") Konfessio in Jure oder eine Manumissio. In der äußeren Erscheinung nicht[3]) unterscheidbar wären die beiden Aktionen zu sondern nach der zugrunde liegenden Parteienabsicht[4]),

---

[1]) Vgl. insbesondere Degenkolb, Einlassungszwang 245. 252f. 274. 285 und statt aller Lehrbücher Sohm, Institutionen [11] 56 f. — [2]) Staatsrecht 3 [1], 59. — [3]) Vgl. oben S. 28 f. — [4]) Eine andere Art, die Scheidelinie zu ziehen, ist oben S. 28 angedeutet.

und hieraus ergäbe sich auch eine Verschiedenheit der Wirkung.

Wer die Vorstellung eines „Scheinprozesses“ im römischen Recht verwerfen will, braucht seine Angriffe nur gegen die letztgedachte Lehre zu richten, da diese — freilich nicht immer klar ausgedrückt — in der Wissenschaft nahezu die Alleinherrschaft behauptet. Doch würde auch so eine gründliche Erörterung der ganzen Frage zu weit abführen von der in diesem Aufsatz zu behandelnden Aufgabe. Daher beschränke ich mich auf einen einzigen Einwand, der wohl von allen der gewichtigste ist. Die beigefügte Begründung bringt aber bloß das unentbehrliche; eine Ergänzung der hier folgenden Skizze bleibt vorbehalten.[1])

XXV.

Freilassung und gerichtliches Anerkenntnis der Freiheit.

Über die Entstehungsgeschichte der Manumissio *vindicta* sind die heutigen Gelehrten im wesentlichen einig.[2]) Einen Freiheitsprozeß habe es in Rom notwendig von jeher gegeben. Dagegen sei nach glaubwürdiger Überlieferung eine rechtliche Freilassung nicht von jeher möglich gewesen. Aus jenem „Prozesse“ nun sei die gerichtliche Manumission hervorgegangen. Dabei versteht man unter „Prozeß“ allgemein auch das Verfahren mit Confessio, und eben zu dieser streitlosen Legisactio soll die Stabfreilassung im Abstammungsverhältnis stehen.

Als vermeintlich sichere Grundlage dient bei solcher Ableitung das Dasein und die Zulässigkeit eines gerichtlichen Anerkenntnisses im Streit um die Freiheit. Allein gerade diese Behauptung, die niemand anficht, ist ganz und gar unerweislich; ja sie dürfte noch einmal als naturrechtliche Phantasie modernen Ursprungs entlarvt werden.

---

[1]) Vgl. oben S. 22—24. — [2]) Vgl. etwa Degenkolb, Einlassungszwang 279; Tübinger Festgabe f. Jhering 141. 142 f. Demelius, Confessio 85, 1. 99. 109. Sohm [11] a. a. O. 56 ff. A. 6. 7. Voigt, Zwölftafeln 2, 56 ff. Girard, Manuel [4] 116 ff. 119.

Zum mindesten in den Formen der Legisactio hat das römische Recht für Freiheitssachen den in unserer Literatur überall vorausgesetzten „echten" Prozeß mit Confessio gar nicht gekannt. Was zunächst die Quellen anlangt, so bewahren sie tiefes Stillschweigen über die hier geleugnete Einrichtung. Allerdings haben wir über die Zeit, um die es sich handelt, überhaupt nur lückenhafte Nachrichten; doch darf dabei eines nicht übersehen werden.

War es, wie Mommsen und Andere meinen, der Freilassung (ihrer „prinzipiellen Unmöglichkeit" wegen!) nicht vergönnt, anders als in trügender Maske[1]) Eingang ins römische Rechtsleben zu finden, so muß es höchlich überraschen, ihr in den Quellen so oft zu begegnen, niemals aber auf eine verhüllende Bezeichnung zu stoßen, sondern immer auf Namen, die den wahren Gehalt geradezu herausschreien. Wäre es wirklich das Bestreben der alten Juristen gewesen, durch die Gestalt, die sie der Freilassung geben, den arglosen Bürgern das Wesen der Sache zu verbergen, oder hätte gar das ganze Volk der Quiriten in banger Scheu vor offener Anerkennung dessen, was Rechtens war den Vogel Strauß nachgeahmt[2]), so konnte das in Frage stehende Geschäft keinenfalls vom Anfang an unter den Namen *manumissio* und *liberatio vindicta* auftreten, oder es mußte mindestens daneben eine andere, diskretere Bezeichnung vorhanden sein, die für den „offiziellen" Gebrauch bestimmt war. Ist es aber irgend wahrscheinlich, daß sich von dem älteren Namen nicht die geringste Spur erhalten hat, daß er gänzlich in Vergessenheit geraten konnte?

Eine Verstärkung erfahren unsere Zweifel an der gerichtlichen Confessio in Freiheitssachen, wenn die für den Privatprozeß in Rom zu allen Zeiten gültige Einlassungsordnung[3]) erwogen wird. Gezwungen zur Annahme des angebotenen Rechtsstreits wurde der Verklagte nur im Fall der Verfolgung eines Forderungsrechts; für die *liberalis causa* galt Einlassungsfreiheit. Glaubte also der wahre oder vermeintliche Eigen-

[1]) Girard, Manuel [4] 119 spricht von einer Epoche, où la réalité de l'opération a été reconnue sous son déguisement pour . . la vindicte. — [2]) Hier darf ich an Schloßmann, In iure cessio 41 erinnern. — [3]) S. oben S. 43 f. 61 ff. 73 ff.

tümer des Stichus den Streit um die Freiheit nicht aufnehmen zu sollen, so hatte er bloß den Besitz preiszugeben, um den Prozeß von sich abzuwehren. Weder dem Stichus noch dem Assertor stand gegen den Herrn ein Anspruch zu auf ein die Freiheit betreffendes Anerkenntnis. Wenn hiernach die Feststellung des Personenstandes auf gerichtlichem Wege nur möglich war unter Mitwirkung eines streitlustigen Gegners, so diente einigermaßen als Ersatz die Eintragung in die Bürgerliste. Stichus hatte sich an den Zensor zu wenden und mochte diesen von seinem Rechte zu überzeugen suchen.

Konnte aber nicht zuweilen der Herr selbst den dringenden Wunsch haben, die Freiheit des Knechtes festzustellen? Wie, wenn er hiezu bereit war in liberaler Absicht oder um der gebotenen Gegenvorteile willen?

Unter solchen Umständen mußte er zur Manumissio greifen, die wie das einzige so auch ein völlig taugliches Mittel war, um das zu erreichen, wozu man allenfalls die „echte" Confessio hätte verwenden können. Die letztere zu ersetzen, dazu war die Stabfreilassung um so eher geeignet, als sie unzweifelhaft ein Anerkenntnis der gegenwärtigen Freiheit des Stichus enthält. Weiter aber steckt in ihr deutlich erkennbar eine Veräußerung: der Verzicht auf das Herrenrecht, oder, anders ausgedrückt, der gewollte Ausschluß von der Vindikation des Knechtes, wirksam wie für den Manumissor so für die Rechtsnachfolger; ein Inhalt also, dessen auch die „echte" Confessio nicht hätte entraten können.

Sinnlos dürfte man diesen Verzicht nicht nennen, selbst wenn er von einem Herrn ausging, der von seinem Nichtrecht überzeugt wäre. Denn trotz solcher Meinung könnte das Eigentum zustehen, und auf dieses etwa vorhandene Recht ist der Verzicht gerichtet. Auch für Stichus ist die Manumissio seitens eines Pseudoherrn durchaus nicht wertlos. Seine Freiheit ist gewiß besser geschützt, mindestens leichter beweisbar, wenn er dem ihn verfolgenden Vindikanten eine gerade von diesem vorgenommene Manumissio entgegenhalten kann.

Leistet in der gedachten Richtung die Stabfreilassung mindestens dieselben Dienste wie die fälschlich vorausgesetzte

Confessio, so dürfen auch im übrigen der letzteren nicht weitergreifende Rechtsfolgen zugeschrieben werden als der ersteren.

Mit irriger Berufung auf das Urteil im Libertätsprozeß[1]) und ebenso irriger Gleichsetzung der *res iudicata* und der Confessio spricht man zuweilen etwas unvorsichtig von einer „absoluten" Wirkung des Anerkenntnisses, das die Freiheit betrifft. In Wahrheit kommt dem als Vorbild dienenden Richterspruch in der *lis liberalis* absolute Kraft kaum in höherem Maße zu als der Freilassung. So wenig diese, wenn ein Pseudoherr sie vorgenommen hat, dem Eigentümer sein Recht am Stichus entziehen kann, so wenig vermag das die richterliche Sentenz und die Confessio.

Darin aber könnte man einen wichtigen Unterschied finden, daß die Manumissio stets einen Libertus schafft, während dem Stichus, der in Jure als Freier anerkannt wurde, möglicherweise die Rechtsstellung eines Freigeborenen gebührt. Allein selbst diese Behauptung geht fehl.

Bei der „echten" Confessio würde der Spruch des Assertors das *liberum esse* auch nur für die Gegenwart, genauer: für den Zeitpunkt der Legisactio bejahen, und der Mitspieler würde eben dies als richtig einräumen. Dagegen bliebe die weitere Frage völlig unberührt, wann[2]) und wie Stichus zur

[1]) S. z.B. A. Schmidt, Pflichtteilsrecht 129, 12, der sich aber wohl nur im Ausdruck vergriffen hat. Richtig bestimmen die Tragweite des Urteils in der *liberalis causa* Savigny, System 6, 473, Bethmann-Hollweg, Zivilprozeß d. gem. Rechts 2, 337; die der Confessio A. S. Schultze, Privatrecht 1, 461 f. — [2]) Wenn Girard, Manuel [4] 118 sogar sagt: l'affranchissement par la vindicte ... se présente comme la reconnaissance d'une liberté passée, so leitet ihn eine vorgefaßte Meinung, die der Text des Spruches durchaus nicht rechtfertigt. Selbst im Vindikationsstreite behaupten die Parteien lediglich, jetzt im Zeitpunkt der Litiscontestatio Eigentümer zu sein. Daß sie hier zur Begründung ihrer Intentio immer auf ein vor der Vindicatio liegendes Ereignis hinweisen müssen, darüber ist freilich kein Zweifel. Was sie hiezu nötigt, das ist die Contravindicatio, die nur im Streitprozeß vorkommt. Auf den Widerspruch des Gegners ist natürlich kein Rechtserwerb zu gründen. Wo aber an die Stelle der Konträraktion ein *in iure cedere* des Mitspielers tritt, da fällt mit der Vindikation zeitlich die Entstehung des vom Vindikanten behaupteten Rechtsszustandes zusammen. War dieser etwa vorher schon vorhanden, so hindert weder die Zessio

Freiheit gelangt ist, ob durch Geburt oder später. Anderseits entscheidet wiederum die Manumissio keineswegs endgültig die Standesfrage, obwohl sich der Freilasser allerdings auf die Legisactio berufen kann zur Begründung seiner Patronatsrechte. Indessen steht dawider der Gegenbeweis offen. *Veritati et origini ingenuitatis manumissio quocumque modo facta non praeiudicat:* belehrt uns Paulus in seinen Sentenzen (5, 1, 2).[1])

Vielleicht am deutlichsten ergibt sich die Unhaltbarkeit einer die absoluten Rechte betreffenden Confessio in Jure, wenn man fragt, wie die mannigfachen Belastungen und Beschränkungen der Zession und Manumission im Leben sich behaupten konnten, da doch der Umgehung geradezu die Bahn gewiesen war durch die Zulassung gerichtlicher Anerkenntnisse, die sich von jenen Geschäften in der äußeren Form gar nicht[2]), sondern nur im subjektiven Zweck unterschieden, und die in manchen Punkten einer abweichenden Ordnung folgen mußten.

Betreffs der soeben vorausgesetzten Rechtsverschiedenheit darf freilich nicht verschwiegen werden, daß darüber ganz befriedigende Äußerungen m. W. in der Literatur nicht vorliegen. Zumeist hebt man[3]) nur hervor: die Confessio in Jure habe bloß deklarativ gewirkt, die Zessio dagegen (und die Stabfreilassung) konstitutiv. Doch dürften mit einer Wirkung der ersteren Art die sehr erheblichen, Dritte berührenden Rechtsänderungen, die sich in gewissen Fällen an die Injurezessio knüpfen, nicht wohl vereinbar sein. Demelius wenigstens spricht es einmal klar aus, „deklarativ" das bedeute eine „nur inter partes", „konstitutiv" „eine auch von Dritten anzuerkennende Wirkung".

Wird aber diese Auffassung zugrunde gelegt, so möchte

---

noch die Manumissio den Berechtigten daran, auf den älteren Entstehungsgrund zurückzugehen; vgl. übrigens Paul. D. 41, 2, 3, 4; D. 44, 2, 14, 2.

[1]) Dazu Ulp. D. 49, 15, 21 pr. Sev. Alex. Gord. Phil. C. I. 7, 14, 1—3. I. 1, 4, 1. Über eine von Justinian (C. I. 3, 22, 6) beseitigte Erschwerung des Ingenuitätsprozesses vgl. Saturn. D. 40, 14, 2, 1 f. Pap. D. 40, 14, 4. — [2]) S. oben S. 190 A. 3. — [3]) Z. B. Demelius in Grünhuts Ztschr. 11, 744, Giffard, Confessio 44; s. auch Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte 2, 385.

man gern Aufklärung erhalten über das Nebeneinander von Zessio und Confessio in der Praxis.

Zum Beispiel. Zwei gesetzliche Erbansprecher sind im Streite. A hat die Erbschaft angenommen, kommt aber später, noch vor der Streitbefestigung zur Überzeugung, — mit Recht oder Unrecht — daß nicht er, sondern B der wahre Erbe sei. Nun entschließt er sich — ohne Not — dem letzteren gegenüber zur Confessio in Jure. Welche Folgen soll dieses Geschäft haben? Erschwert ist die Entscheidung durch Gai. 2, 35 und Ulp. 19, 14 f. Das klassische Recht sucht die Veräußerung des schon erworbenen Nachlasses als solchen zu hintertreiben durch die Bestimmung, daß die Schulden nach wie vor der Zession den Erben treffen, während die Forderungen untergehen. Ist diese Norm auf unseren Fall anwendbar?[1])

Hätte man in Rom die Erledigung eines Erbstreites, statt durch unabwendbares Urteil, durch gerichtliches Anerkenntnis überhaupt zugelassen, so wäre der Verlust der Nachlaßforderungen eine schlechthin unbegreifliche Härte gegen A und B. Haltbar wäre nur die andere Entscheidung, die — Demelius zufolge — so lauten müßte: die Confessio ist ohne Einfluß auf die Gläubiger und Schuldner des Nachlasses. Denkt man sich aber das „echte“ Anerkenntniss, das auch vom wahren Erben ausgehen kann, befreit von den Nachteilen, welche die Zession bedrohen, so wäre der von Gaius bezeugte Rechtssatz ein Schlag ins Wasser gewesen. Die Beteiligten würden es kaum jemals eingeräumt haben, daß ihr Geschäft eine Zession sei; im Leben hätte unausweichlich die von den Parteien so genannte confessio de hereditate rasch die Alleinherrschaft errungen.[2])

Ähnliche Schwierigkeiten mußten bei der Stabfreilassung

---

[1]) Gaius' Worte l. c. treffen insofern nicht zu, als er zedieren läßt den *is ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas*, während im obigen Fall die Erbberechtigung zweifelhaft ist. — [2]) Nebenbei: es gibt keine Injurezessio der väterlichen Gewalt und des testamentarischen Erbrechts. Der Ausschluß dieser Geschäfte wäre aber vergeblich erfolgt, wenn die Römer eine die genannten Sachen betreffende Confessio in Jure anerkannt hätten.

auftauchen, wenn ihr, wie man allgemein behauptet, eine entsprechende Confessio in Jure[1]) zur Seite stand.

Bekanntlich waren die Manumissionen in Rom schon in sehr alter Zeit (seit dem J. 397 d. St.) einer fünfprozentigen Steuer unterworfen, die dann durch mehrere Jahrhunderte in Geltung blieb; zuletzt ist sie noch nachweisbar unter Kaiser Macrinus.[2]) Über das Einführungsgesetz berichtet Liv. 7, 16, 7 so:

⟨*Cn. Manlius*⟩ .. *legem novo exemplo ad Sutrium in castris tributim de vicesima eorum, qui manumitterentur, tulit.*

Der in den Inschriften übliche Name der Steuer ist *vicesima libertatis.*

Nun wäre es gewiß sinnlos gewesen, diese Abgabe auch zu fordern, wenn ein Mensch, der bisher zu Unrecht als Sklave angesehen war, in Jure die Anerkennung seiner Freiheit erzielt hat. Anderseits hätte man doch als Regel die Erstreckung der Vicesima auf alle gerichtlichen Konfessionen de libertate kaum entbehren können, um den Steuerertrag aus der Vindiktafreilassung zu sichern und die Umgehung des Gesetzes zu verhindern. Wer Mommsen folgt, dürfte auch nicht auf den Magistrat hinweisen, der berufen war, seine Mitwirkung zu versagen, wenn ihm die Parteien nicht durch glaubwürdige Aussage Einblick gewährten in das Wesen des Geschäftes. Denn der Beamte muß ja, wie man meint, blindlings mittun und weiß „offiziell“ gar nicht, was die Handlungen der Parteien und sein eigener Spruch bedeuten.

Wenn aber in der Überlieferung die hier angenommene

---

[1]) Absolute Wirkung würden die Meisten dieser Confessio wohl im selben Umfang zusprechen wie dem Urteil in der *liberalis causa.* Vgl. besonders Degenkolb, Einlassungszwang 279, auch Bechmann, Kauf 1, 554f. und oben S. 194 A. 1. Wie Demelius die Frage beantwortet hätte, das lasse ich unentschieden. — [2]) S. O. Hirschfeld, Die kais. Verwaltungsbeamten (1905) 106ff. Mommsen, Röm. Geschichte [6] 1, 300 betrachtet die *vicesima libertatis* als Luxussteuer, die zugleich den Zweck hatte, die nicht wünschenswerte Vermehrung der Freigelassenen zu hemmen. Über die Frage, die ich nicht für „müßig“ halte, wer die Steuer trug, s. Marquardt, Staatsverwaltung [2] 2, 281, 6f., dazu Hirschfeld a. a. O. 107, 1.

Schwierigkeit nirgends eine Spur hinterlassen hat, wenn insbesondere die Manumissio niemals unter dem Namen *confessio* erscheint, so ist der Schluß wohlberechtigt, daß die Römer jene Schwierigkeit gar nicht gekannt haben. Ließ die Legisactio, die dem Freilassungszwecke diente, nur eine einzige Deutung zu, während ein Anerkenntnis in Freiheitssachen (als Ersatz des Urteils) ausgeschlossen war, so konnte auch die Vicesima durch Falschmeldung der Manumissio nicht erspart werden.

Zum gleichen Ergebnis führt eine Betrachtung des oben auf S. 126 erwähnten Senatuskonsults vom J. 577 d. St. bei Livius 41, 9, 11.

Um das Eindringen der Latiner in die römische Bürgerschaft auf einem Schleichweg zu hintertreiben, beschloß der Senat eine Anweisung an die bei der Manumissio mitwirkenden Beamten. Sie alle sollten, bevor sie die Freilassung bewilligen, vom Freilasser einen Eid verlangen, durch den bekräftigt wird, daß das Geschäft nicht dem Zwecke diene, einen Bürgerrechtswechsel herbeizuführen *(civitatis mutandae causa)*. Gerichtet war der Senatsbeschluß gegen Manumissionen, nicht *ex servitute*, sondern *ex mancipatione*[1]; doch tritt diese Beschränkung im Texte[2]) des Beschlusses nicht besonders hervor. Da sich die beiden Arten der Manumission, wenn die Vindiktaform gewählt war, im Vorgang anscheinend völlig deckten[3]), wollte man vielleicht den Beamten freie Hand lassen, den Eid überall zu fordern, wo

[1]) So nennt Gai. 1, 135. 137. 2, 141. 3, 6 die Freilassung des freien Hörigen. — [2]) Vgl. oben S. 126 A. 1. — [3]) Gai. 1, 138 bezeugt die Anwendbarkeit der Manumissio *vindicta* auf die Hörigen *in causa mancipii*. In 1, 119 ist die Manzipatio mit dem für die Eigentumsveräußerung bestimmten Formular: *hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio* beschrieben. Hinzugefügt ist (1, 120) die Bemerkung: *eo modo et serviles et liberae personae mancipantur*. Die Gleichheit der Wortformel hebt der Jurist außerdem in 1, 123 hervor: *cum a parentibus et a coemptionatoribus isdem verbis mancipio accipiantur, quibus servi*. Hiernach darf wohl die Gleichheit der Spruchform auch im Fall der Freilassung *(vindicta) ex servitute* und *ex mancipatione* als sehr wahrscheinlich gelten. Daß der freie Hörige testamentarisch mit einem *liberum esse iubeo* zu manumittieren war, das sagt Gaius ebenda (1, 123; vgl. dazu 2, 267).

sie Verdacht schöpften, mochte auch das Geschäft als Entlassung *ex servitute* angemeldet sein.

Um so auffälliger wäre dagegen eine andere Lücke im Senatuskonsult. Nach dem überlieferten Texte soll zum Eid angehalten werden: *qui eum manumitteret*, d. h. also der Bürger, der erklärt, seinen Hörigen freilassen zu wollen. Wenn statt dessen der Herr dem Assertor erwidert, er beabsichtige der *in libertatem* Vindicatio gegenüber zu „konfitieren", so hätte ihn die Pflicht nicht getroffen, den Eid zu schwören. Ist es aber denkbar, daß der Senat diesen, dem blödesten Auge erkennbaren Weg, das Gesetz zu umgehen, unversperrt ließ? Die Antwort kann da nur lauten: jener Weg wurde nicht verschlossen, weil er nicht vorhanden war.

Endlich darf in ähnlicher Weise wie das Steuergesetz und das Senatuskonsult auch die Lex Aelia Sentia zur Bekräftigung der hier vertretenen Ansicht benutzt werden. Ich erinnere bloß an die Bestimmungen, die das Alter des zu Befreienden und des Freilassers betreffen, und an das Erfordernis der *causae probatio*.

Stellt man sich den Magistrat noch in der Legisactio der Kaiserzeit als willenlosen Figuranten vor[1]), so hätte er bei einfachen Manumissionen mitwirken müssen, die seiner Überzeugung nach vielmehr vors Konsilium gehörten, und die daher nichtig waren oder doch von Rechts wegen nicht die Vollwirkung haben konnten, wie sie der Vindikationsform entsprach.[2]) Tatsächlich hätten sich gewiß solche Geschäfte

---

[1]) Mommsen u. A. heben keine Änderung hervor, die in der Stellung des *lege* agierenden Magistrats eingetreten wäre; vgl. aber z. B. Cic. in Verr. 2, 16, 39. Dagegen ist nach Girard der Gerichtsbeamte wenigstens seit der Lex Aebutia ein Normalmensch, dem auch in der Legisactio nicht weiter angesonnen wird, Vernunft und Willen auszuschalten. — [2]) Ob die einfache (ohne *consilium*) Vindiktafreilassung eines noch nicht Dreißigjährigen nach dem Aelischen Gesetz prätorische Freiheit brachte (so anscheinend Gai. 1, 17. 29. 31), oder ob diese Folge nur angeordnet war für die testamentarische Manumission eines Jugendlichen (so Ulp. 1, 12), das ist bestritten; vgl. Brinz in Zwei Abhandlungen aus d. R. R. 9 ff. (1884). Völlig wirkungslos ist ohne Zweifel die vor dem Konsilium nicht gerechtfertigte Vindiktafreilassung, die ein Herr unter zwanzig Jahren vorgenommen hat; s. die Belege oben S. 118 A. 2.

häufig genug in unangefochtener Geltung behauptet trotz des Nichtigkeitsgrundes. Und nun denke man sich noch den Ausweg hinzu, der — wie man einräumen müßte — dem Freilasser offen stand, um etwaigen Einwendungen des Beamten zu begegnen. Die Parteien brauchten nur vorzugeben, daß es sich um Feststellung bereits vorhandener, nicht um Erteilung neuer Freiheit handle, wenn sie der Lex Aelia ausweichen wollten. Denn die beschränkenden Vorschriften des Gesetzes waren natürlich auf das „echte" Anerkenntnis schlechthin unanwendbar.

Doch selbst wenn man bei den Beamten der Kaiserzeit eine ihnen zustehende Denegation des *lege agere* voraussetzt, hätten der Freilasser und der von ihm erwählte Assertor sicher oft den Versuch gemacht, den Aelischen Normen zu entgehen durch Anmeldung einer Confessio statt einer Manumissio. Um die Sachlage ins klare zu bringen, wäre ein vorläufiges Ermittelungsverfahren unvermeidlich gewesen, in dem es darüber zur Entscheidung kam, ob die Parteien Glauben verdienen, und ob sie nach ihrem Begehren zur gerichtlichen Confessio zuzulassen oder aber anzuweisen seien, vorerst einen triftigen Manumissionsgrund darzutun und im Falle des Gelingens den Stichus *vindicta* zu manumittieren.

So oft nun in unserer Überlieferung das Aelische Recht erwähnt oder gar ausführlich erörtert ist, niemals hören wir doch etwas über Hindernisse, die sich der Durchführung des Gesetzes entgegenstellten infolge des Nebeneinander von Manumissio und Confessio. Ohne Zweifel wieder ein bemerkenswertes Zeichen für das Nichtdasein einer Einrichtung, von der so störende Nebenwirkungen ausgehen mußten, daß sie schwerlich ganz verschollen wären.

Wie sehr aber in Rom Maßregeln nötig waren, um Versuche zu unterdrücken, die auf gesetzwidrige Änderung der Statusverhältnisse abzielten, dafür haben wir ein klares Zeugnis in dem strengen Senatsbeschluß gegen die Durchstecherei aus der Zeit Domitians (bei Gaius D. 40, 16, 1).

Wollte der Herr seinem Sklaven Stichus Freiheit und Ingenuität verschaffen, so wies er ihn an, mittels *proclamatio*

in ingenuitatem[1]) den Freiheitsprozeß vorzubereiten. Im Streitverfahren ließ er sich sodann seinem Plane gemäß vom Assertor *libertatis* besiegen. Dies ist der Schleichweg zur Erlangung angeborener Freiheit, den das gedachte Senatuskonsult versperren will, indem es die Bürger zur Aufdeckung der Kollusion aufruft und dem Kläger, der in der *retractatio* Erfolg hat, zur Belohnung den Stichus als Sklaven zuspricht.

Längst hätte es bemerkt werden sollen, daß hier die Durchstecherei im Streitprozeß mit schwerer Strafe bedroht wird, während nichts bekannt ist über die Verhütung betrüglicher Anerkenntnisse in Jure, die auf Verbesserung des Personenstandes ausgehen.[2]) Und doch wäre es für die Sklaveneigentümer viel bequemer gewesen, zur Umgehung des Gesetzes eine Confessio in Jure zu veranstalten, statt einen Rechtsstreit hervorzurufen und darin durch Täuschung oder in noch schlimmerer Weise auf die Spruchrichter einzuwirken, um ein Urteil zugunsten der Freiheit zu erlangen.

Verständlich ist das, was die Quellen aufweisen und was sie anderseits vermissen lassen, nur unter éiner Voraussetzung: dann nämlich, wenn in Statussachen der Streitprozeß unabwendbar, m. a. W. durch gerichtliches Anerkenntnis nicht zu ersetzen war.

Nicht alle, nur die wichtigsten Gründe[3]), die eine wirksame Feststellung der Freiheit durch Confessio in Jure in den Formen der Legisactio ausschließen, sind im vorstehenden geltend gemacht. Doch dürften sie kräftig genug sein, um den Glauben an die bisherige Lehre zu erschüttern. In den

---

[1]) Auf die Verbindung der Freiheits- und Ingenuitätsfrage in der *liberalis causa* macht Puchta, Institutionen [10] 2, 126 aufmerksam; dazu Grünhuts Ztschr. 19, 718. 719, 48 und zu den Stellen, die Puchta anführt, Diocl. C. I. 7, 20, 1. — [2]) Bedeutsam ist es auch, daß Diocletian C. I. 7, 20, 2 die Unzulässigkeit, den Stand von Personen *libertinae condicionis* durch *privata pacta* abzuändern, herleitet von der im Ninnianischen Senatusconsult angedrohten Strafe *contra collusorem* (vgl. Justinian C. I. 6, 4, 6 u. 26). Das von Diocletian a. a. O. genannte S. C. kann dasselbe sein, das Gai. D. 40, 16, 1 anführt. — [3]) So wäre aus dem Recht der Injurezessio noch manches zu gewinnen, insbesondere aus den Nachrichten über die *tutela cessicia* (Gai. 1, 168—172. Ulp. 11, 6—8); ferner aus dem Titel des C. Iust. 7, 16 (c. 6. 22. 24. 39. 27 § 1).

Quellen ist die bekämpfte Confessio nirgends[1]) zu finden. Mit dieser Tatsache aber wird man ernstlich rechnen müssen, und keinesfalls wird man sie beseitigen dürfen durch die willkürliche Annahme, daß, wo ein Prozeß möglich ist, die Erledigung des Streites auch zugelassen sein muß mittels Anerkenntnisses.

Wie es Sachen gibt, die dem ordentlichen Prozeß vorbehalten und dem Schiedsverfahren entzogen sind, weil ihre Erledigung in hohem Maße die Interessen der Gesamtheit berührt, so ist aus eben diesem Grunde auch der Ausschluß der *liberalis causa* sowohl vom Schiedsgericht[2]) wie von der

[1]) Eine Erörterung des wahrscheinlich interpolierten Satzes in den D. 42, 2, 6, 2 (Ulp.): *omne omnino, quod quis confessus est, pro iudicato habere*, gehört nicht hieher, da er — wenn echt — nur ein Zeugnis für spätklassisches Recht wäre. Die Interpolation ist jetzt allgemein zugestanden; s. die Nachweisungen bei Giffard, Confessio 169, 1; Nouv. revue hist. de droit XXIX (1905), 455, dazu Kipp in Pauly-Wissowa R. E. IV, 867. — [2]) Julian D. 4, 8, 32, 6 nimmt vom Schiedsgericht aus das *famosum delictum* und die ins *publicum iudicium* gehörige Sache; Paulus, die Aufzählung fortsetzend, D. 4, 8, 32, 7 die *liberalis causa*, den Streit über Ingenuität oder Libertinität, die fideikommissarische Verpflichtung zur Freilassung und die Popularaktionen. Augenscheinlich sind durchaus Sachen genannt, die wegen ihrer Wichtigkeit für die Gemeinde als solche der Privatwillkür möglichst entrückt werden sollen (vgl. noch betreffs der Ingenuität Ulp. D. 1, 5, 27; ferner die Zitate aus C. I. oben S. 201 A. 3). Indes begründet Paulus a. a. O. gerade den Ausschluß der *liberalis causa* in etwas abweichender Weise mit den Worten: *quia favor libertatis est, ut maiores iudices habere debeat*. Obwohl der *favor libertatis* beim Freiheitsprozeß uralt ist (Gai. 4, 14. Pomp. D. 1, 2, 2, 24), erregt er bei Paulus a. a. O. doch einigen Verdacht, so daß Pernice, Berl. Festgabe f. Beseler 65, 1 wegen der *maiores iudices*, unter Hinweisung auf Justinian C. 3, 22, 6, die Vermutung der Interpolation aussprechen durfte. Pernice hätte noch hervorheben können, wie wenig das den Schluß der Erörterung bildende *idem dicendum est in populari actione* zu der voraufgehenden Begründung paßt. Vielleicht aber will Paulus gar nichts Anderes betonen als das große Interesse, das der Staat an der richtigen Entscheidung der Libertätsprozesse hat. So wird denn auch das fr. 32, 7 sowohl von C. Weizsäcker, Röm. Schiedsrichteramt 49 als auch von Matthiaß, Entwicklung d. röm. Schiedsgerichts 76 gedeutet. Erwiesen wäre die Echtheit des *favor libertatis* bei Paulus, wenn es feststünde, daß die Einreihung von Gai. D. 50, 17, 122 unter die Ediktsrubrik *qui arbitrium receperint* (so Lenel, Paling. 1, 198) zutrifft. Über die *maiores iudices* vergleiche man übrigens Lenel, Édit (1901) 1, 28, 1.

Confessio unschwer zu rechtfertigen. Wenn die Freiheit nach einem Ausspruch Marcians[1]) *non privata sed publica res est,* so muß sich die Staatsgewalt möglichst wirksamen Einfluß wahren auf die Ordnung der Standesverhältnisse, auch bei der Gestaltung des einzelnen Falls. Nun hätte freilich die amtliche Kontrolle, die bei der Freilassung mit dem Stab vorhanden war, beim „echten" Anerkenntnis in Freiheitssachen gar nicht fehlen können. Allein die Aufgabe des Magistrats wäre beim letzteren eine andere und wesentlich beschränktere gewesen als bei der ersteren. Wo es sich nach dem Vorgeben der Parteien bloß darum handelt, einen schon früher begründeten und nur verkannten Rechtszustand zur Geltung zu bringen, hätte der Beamte nicht leicht aus Gründen des öffentlichen Wohles die Genehmigung versagen können. Dagegen war er von vornherein zur Prüfung des Geschäftes vom Standpunkt der staatlichen Interessen aufgerufen, wo die Parteien ihre Aktion als Manumissio angemeldet hatten.

Nicht zu beseitigen ist das gesagte durch den Einwand, daß der Magistrat nicht gezwungen war, die beabsichtigte Legisactio als das gelten zu lassen, was sie nach der Behauptung der Parteien sein sollte. So richtig diese Bemerkung ist, so wenig kann sie hier ins Gewicht fallen; denn der Beamte wäre zumeist außerstande gewesen, ohne schwierige Untersuchung die Vorfrage zu entscheiden, ob seine Mitwirkung zu einer verschleierten Manumissio erbeten ist oder zu einer „echten" Confessio. Da man aber genötigt war, dem vielbeschäftigten Gerichte des Prätors grundsätzlich alle Sachen fernzuhalten, die eine eingehende Kognition verlangten[2]), so konnte nicht wohl anders geholfen werden als durch den Ausschluß der Confessio.

Die herrschenden Anschauungen über die Stabfreilassung wie sie Mommsen[3]) zum Ausdruck bringt, haben ihren Ausgangspunkt alle in der als selbstverständlich hingenommenen Abzweigung unseres Geschäftes vom gerichtlichen Anerkenntnis. Wenn aber den Römern der streitlose „echte Prozeß" über die Freiheit unbekannt war, so ist der Versuch natürlich un-

[1]) Dig. 40, 5, 53. — [2]) Vgl. Pauly-Wissowa, R. E. IV, 207f. — [3]) Oben S. 177. 179. 180. 190.

haltbar, die Manumissio *vindicta* als „Scheinprozeß" zu kennzeichnen; denn dieser wäre ja einem bloß in der Einbildung unserer Gelehrten vorhandenen Muster nachgebildet worden.

Wenn ferner die mit der Zession des Eigentümers verbundene Vindicatio *in libertatem* nie etwas Anderes war als eine Freilassung und sich als solche auch immer ausgegeben hat, so ist es unrichtig, den Römern die „eigene Rechtsform" für die Freilassung unter Lebenden abzusprechen, und folgeweise nicht minder unrichtig, in den überlieferten Rechtsakten die „prinzipielle Unmöglichkeit der Freilassung durch den Eigentümer" ausgeprägt zu finden. Verfehlt ist es endlich, bei dem vorsitzenden Beamten „offizielle Unkenntnis" dessen, was die Parteien vor ihm agieren, anzunehmen, und als eitel Künstelei erweist sich die Behauptung[1]): in der Manumissio werde „formell die Freiheit nicht vom Herrn und noch weniger vom Magistrat gegeben, sondern — freilich fälschlich — vorausgesetzt".

Selbst ein Gelehrter wie P. F. Girard[2]), der so sehr geneigt ist, in der Legisactio das Unbegreifliche zum Ereignis werden zu lassen, wagt es nicht recht, der Vindiktafreilassung der geschichtlichen Zeit rückwirkende Kraft beizulegen. Seiner Meinung nach hätte es allerdings der Logik entsprochen, die Freiheit des Stichus auf einen Zeitpunkt zu beziehen, der weiter zurückliegt, als die Manumissio[3]), und den Stichus auch als *ingenuus* zu behandeln[4]); allein „on ne prend pas la fiction à la lettre, comme durent faire ses premiers inventeurs". Daher seien die Rechtsfolgen der Manumissio: Freiheit und Patronat nur für die Zukunft entstanden, und die von einer Sklavin vor der Befreiung geborenen Kinder seien als unfrei behandelt worden.

So einleuchtend diese letzteren Sätze sind, so merkwürdig ist es, daß jemand das Gegenteil davon auch nur als möglich und für die Zeit der „Erfindung" der vermeintlichen „Fiktion"[5]) gar als wirklich in Betracht ziehen konnte. Wird aber die Rückwirkung abgelehnt, so fällt auch die

---

[1]) Mommsen, Staatsrecht [3] 2, 374, 4. — [2]) Manuel [4] 118 u. 118, 1. — [3]) Man darf fragen: auf welchen Zeitpunkt? — [4]) Weshalb denn? S. oben S. 194 A. 2. — [5]) Gegen die behauptete „Fiktion" s. oben S. 194 und S. 184 A. 1.

obige Behauptung zusammen, daß durch die Manumissio die Freiheit nicht erst gegeben werde; denn es ist nicht einzusehen, was sonst noch die Bedeutung dieser Worte sein sollte.

XXVI.

Der Beamte in der Legisactio. — Das Denegationsrecht. — Die Addictio als amtliche Genehmigung. — Cicero ad Att. 7, 2, 8.

Wodurch sich Mommsen bestimmen ließ, auf allerhand Sonderbarkeiten Gewicht zu legen, die er und Andere in der römischen Manumissionsordnung wahrnehmen wollten, das ist früher (S. 177, 179 f.) schon angedeutet. Die Freilassung ist, sofern sie Neubürger schafft, eine Sache von einschneidender Wichtigkeit für die Gemeinde als solche. Dessenungeachtet wäre nach der heute vorwaltenden Auffassung der Legisactio, die den Vertreter der Gemeinde zum ohnmächtigen[1]) Zuschauer der Parteihandlungen macht, die Befreiung mit dem Stabe und damit die Vermehrung der Bürgerschaft lediglich vom Gutdünken der Sklaveneigentümer abhängig gewesen.

Mommsen selbst hat es klar erkannt und offen zu-

---

[1]) Einmal, in den Röm. Forschungen 1, 364 spricht auch Mommsen von einer unmittelbaren oder mittelbaren „Bestätigung“ der Manumission durch die Gemeinde. Doch denkt er sicher auch an dieser Stelle nicht an eine „materielle Kontrolle“, da er im Staatsrecht 3 [1], 59, wo die Ohnmacht des Beamten betont ist, auf die ausführlichere Darlegung in den „Forschungen“ verweist. Von anderen Schriftstellern, die sich im Sinne der herkömmlichen Legisaktionenlehre über die Stellung des Magistrats in der Manumissio *vindicta* äußern, nenne ich noch M. Rümelin, Selbstkontrahieren d. Stellvertreters 85, J. Kuntze, Festgabe f. O. Müller 70 f., Degenkolb, Tüb. Festgabe f. Jhering 149. Nach Mommsen, Staatsrecht [3] 2, 374 entsteht auch bei der Manumissio *censu* Freiheit und Bürgerrecht nicht durch die Willenserklärungen des Herrn des Sklaven und des Zensors, sondern „von Rechts wegen“. Im wesentlichen ebenso Pernice, Labeo [2] 2 [1], 369, 2 und Degenkolb a. a. O., der aber bemerkt: „den Zensor hat zur Eintragung ... kein mir bekanntes Gesetz gezwungen.“ Überraschend nur, daß unseren Gelehrten ein solches Gesetz „bekannt“ ist, das sich auf den *lege* agierenden Beamten bezog! Genannt hat es freilich m. W. noch Keiner.

gestanden, daß die Unvernunft der so geordneten Manumission daraus allein nicht begreiflich wird, wenn man hinweist auf die zweideutige Form, die den Römern den Kern der Sache verhüllen mochte. So sieht er[1]) sich schließlich dazu gedrängt, eine höchst merkwürdige, wie es scheint, wenig beachtete Anklage zu erheben.

Erklärlich — sagt er — seien die befremdlichen Normen über die Erwerbung des Plebejats durch Freilassung „nur aus der ursprünglichen Geringschätzung des (jüngeren) Bürgerrechts in den patrizischen Kreisen". Wenn der Eigentümer seinen Sklaven in schrankenloser Willkür zum Mitglied der Bürgerschaft machen konnte, so sei das ein Satz, der „schroff und man möchte sagen höhnisch, wie er auftritt, den Sinn erkennen läßt, in welchem der römische Patriziat den Plebejer als Bürger gelten ließ. Ihm blieb er Klient und die Reinhaltung dieser Bürgerschaft lag keineswegs in seinem Interesse."

Träfe dieses harte Urteil zu, es wäre vernichtend für die namenlosen Patrizier, in denen man doch die ersten Begründer von Roms Größe vermuten möchte. Geradezu verbrecherisch müßte ihre Politik heißen, da sie in verblendetem Adelsstolz das eigene Volk mutwillig ins Verderben getrieben hätten. Indessen kostet es wenig Mühe, die Ehre jener Männer wiederherzustellen und dauernd zu sichern. Mommsens Urteil ist ohne allen Zweifel irrig und ungerecht; denn es beruht einzig auf der schon wiederholt zurückgewiesenen Legisaktionenfabel, die ohne jeden Anhalt in den Quellen erst von den juristischen Gelehrten unserer Zeit erfunden ist.

War der Magistrat nicht eine Drahtpuppe, welche die Parteien nach Belieben in Bewegung setzten und der sie insbesondere gewisse, für die Geltung der Legisactio unentbehrlichen Laute abpreßten[2]), war er vielmehr ein denkender Mensch mit

---

[1]) Abriß d. Staatsrechts 23. Staatsrecht 3 [1], 128. 131, 1. — [2]) Neuestens bezeichnet wieder ein Schüler von Girard: L. Boulard, Les instructions écrites du magistrat au juge-commissaire (Paris 1906) 2, 1 diese Anschauung, die aller Wahrscheinlichkeit ins Gesicht schlägt, ja geradezu unmöglich ist, als l'opinion la plus sûre. Dagegen hat Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit (1905) 80, 10 sich meiner obigen Ausführung (oben S. 1ff.) angeschlossen, und gleichzeitig (1904)

eigenem Willen und zudem — worauf der Name hinweist — den Bürgern gegenüber der Meister, der sich Gehorsam erzwingen konnte, war er endlich wie in späterer so in alter Zeit rechenschaftspflichtig nicht schlechthin wegen Verweigerung der Rechtspflege, sondern nur wegen grundlosen Versagens der Jurisdiktion, so erscheint es lediglich als gewissenhafte Erfüllung seiner Amtspflicht, wenn er bei Manumissionen, die ihm angekündigt wurden, die Interessen der Gemeinde in Erwägung nimmt und, wo er diese für gefährdet hält, das beabsichtigte Geschäft verhindert, indem er sich dem Mithandeln entzieht.

Lenel (Ztschr. f. R.-G. R. A. 38, 404f.) für die *L. A. per manus iniectionem* die Ermächtigung des Magistrats verlangt. Ich möchte glauben, daß die Anhänger der alten Lehre sie jetzt nicht weiter festhalten können, ohne endlich die unerläßliche Begründung beizubringen. Nachzuweisen wäre erstens: ein jene Lehre bestätigender Quellenausspruch; zweitens, daß sie vereinbar ist mit dem Recht und der Geschichte der römischen Magistratur; drittens, daß, was sie verlangt, im Leben auch ausführbar war. Letzteres bestreite ich aufs entschiedenste. Girard selbst ist vielleicht vom Zweifel nicht ganz unberührt geblieben, als er (Organisation 1, 199f.) Stellung nehmen mußte zu dem — wie er (a. a. O. p. 200, 1) geneigt ist anzunehmen, voraebutischen und unter römischem Einfluß entstandenen — Stadtrecht von Bantia Z. 23—27 (Bruns, Fontes [6] p. 52f.). Das oskische Gesetz schreibt nämlich dem städtischen Beamten unter Androhung einer Mult vor, die angemeldete Legisactio nicht länger als 10 Tage hinauszuschieben. Mithin kann er innerhalb der gesetzlichen Frist ohne weiteres und auch später, wenn er die Mult nicht scheut, seine Mitwirkung zur Legisactio versagen. Die Frage ist wohl berechtigt, wie sich Girard diesem Zeugnis entziehen mag? Antwort: indem er die auf der Bantinischen Tafel anerkannte Gewalt des Magistrats willkürlich einschränkt. Mais, une fois les parties devant lui (d. h. vor dem Beamten), il ne peut pas empêcher la liaison du procès en refusant son concours. Hiernach wäre der Beamte zwar imstande, die Legisactio zu verhindern; doch müßte er sich hüten, die Parteien in seine Nähe kommen zu lassen. Hatten sie es erreicht, vor dem Tribunal zu stehen, so war der Gerichtsherr ihrer Macht rettungslos preisgegeben. Nur das verschweigt Girard, in welcher Entfernung vom Tribunal die Zauberkraft der Parteien (Organisation 1, 69) unwiderstehlich zu werden beginnt. — Meiner obigen Behauptung, daß für die Ohnmacht des voraebutischen Prätors bisher kein Quellenzeugnis beigebracht sei, wird wohl Girard (Organisation 1, 197f. Studi in onore di Fadda S. A. p. 7f.) das (Jheringsche) System der, die Verteidigung ersetzenden

Demnach ist die Lösung des Rätsels, das die Stabfreilassung anscheinend bietet, äußerst einfach. Die Geschäftsform, die in grauer Vorzeit von den „Alten“ geschaffen wurde, weist niemals etwas irrationales auf; unverständlich ist sie erst unter den Händen der modernen Gelehrten geworden, seitdem diese den willenlosen Magistrat entdeckt hatten, der in der Legisactio, statt zu gebieten, unter dem Regiment der Parteien steht. Ersetzt man aber diese unmögliche Sprechmaschine durch einen verständigen Menschen, leugnet man

„Nachklagen“ entgegenhalten. Allein selbst angenommen, die einschlägigen Leges seien bisher richtig verstanden, — was ich bestreite — so folgt doch aus dem Dasein einer action en recours keineswegs notwendig der Ausschluß einer Verteidigung durch Exceptio oder Berufung auf Nichtigkeit. — Üblich ist es, unter anderem die „Nachklage“ der Lex Marcia (Gai. 4, 23) anzuführen. Indessen ist in der klassischen Zeit bei gewissen Arten verbotener Zinsen das Zusammentreffen der Ungültigkeit und des Rückforderungsanspruchs zweifellos anerkanntes Recht: Ulp. D. 12, 6, 26, 1. (Vgl. im übrigen Marcian D. 22, 1, 29 mit Paul. sent. 2, 14, 2, aber auch mit Ulp. D. 12, 6, 26 pr.) Weiter erinnere ich an die Ersatzansprüche gegenüber den Actiones *directae*. Um sie durchzusetzen hat der Berechtigte die Wahl zwischen der Actio *contraria* und einer Exceptio (z. B. Gai. D. 13, 6, 18, 4). Nicht anders verhält es sich auch im Fall der Erpressung; Actio und Exceptio *metus* stehen nebeneinander. Freilich kann man fragen, was dieser Hinweis auf das spätere Recht nützen soll, wenn doch der Ausschluß der Exceptio vom Legisaktionenverfahren anderweit feststeht? Der Kronzeuge soll Gaius (4, 108) sein, der in einer Erörterung über den Verbrauch der Aktionen durch die Litiscontestatio des Formelprozesses (der bald *ipso iure* bald *per exceptionem* geschieht) folgendes bemerkt: *Alia causa fuit olim legis actionum: nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat; nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum.* Was Jhering und die Meisten (zuletzt noch Wenger) auf Grund dieses Ausspruchs behaupten: keine Exceptio vor dem Formelprozeß, das ist durch Gaius' Worte nicht gedeckt. Was der Jurist in Wahrheit für die Zeit der Legisaktionen in Abrede stellt, das ist lediglich der Gebrauch *(usus)* von Exzeptionen in der Art *(ita)*, wie er heute besteht. Einreden also hatte auch das Altertum, aber anders geartete als die heutigen. Die älteren Exzeptionen wirkten anders als die neueren. Jene waren nur in Jure geltend zu machen und schlossen die Litiscontestatio (die *actio*) aus. Daher wirkten sie nie zusammen mit dem Satze: *qua de re actum semel erat . . .*, ließen also die Actio (d. h. den persönlichen Anspruch und die Klagmacht aus einem dinglichen Recht) unangetastet. Dagegen die Exzeptionen des neueren Prozesses werden im Gericht regelmäßig

demgemäß bei der Freilassung die selbst von Mommsen[1]) behauptete mechanische Nötigung des Beamten zur Mithülfe bei der Parteiaktion, so schwindet sofort der Schein eines Mißverhältnisses, der allerdings hervorkommen muß, wenn man den Manumissionserfolg, der die ganze Gemeinde berührt, aus einem Geschäft ableitet, das bloß von der Willkür

erst wirksam im Zeitpunkt der Streitbefestigung, kehren sich erst gegen die Prozeßobligation und wirken demnach (wenn sie der Formel eingefügt sind) immer zusammen mit dem Satze: *ne bis de eadem re sit actio*. — Meiner Überzeugung nach hat das Mißverständnis der Legisactio und der Gaiusstelle mehrfach zur Vergewaltigung sehr guter Nachrichten verleitet und ist dann recht eigentlich die Quelle geworden für das durchaus unglaubwürdige System der „Nachklagen". So behaupten z. B. unsere Gelehrten mit merkwürdiger Sicherheit (trotz Paul. Fr. Vat. 310), daß die *Cinciae legis exceptio* (Ulp. Fr. Vat. 266: *exceptio Cinciae*) nicht aus dem genannten Gesetze stamme, sondern ein viel späteres Erzeugnis prätorischen Rechtes sei, und ähnlich, daß die von Gaius 3, 121 aus der Lex Furia *de sponsu* abgeleitete Ordnung unmöglich (wegen Gai. 4, 22) schon Furisches Recht sein könne, sondern notwendig „späteren" Ursprungs sein müsse. Das schlimmste aber scheint mir der Angriff zu sein auf den guten Ruf des gescheiten Rechtsvolkes, dem man ohne Not die sonderbarsten Gesetze zumutet. So soll der Mitsponsor, dessen Haftung die Furia auf einen Kopfteil beschränken will, trotzdem keine Waffe gehabt haben zur Verteidigung gegen den Gläubiger, der Mehr fordert. Letzterer setzt sich weder der Gefahr der *pluris petitio* aus, noch gibt es eine Abwehr der, vielleicht aufs Ganze gerichteten Klage und der Vollstreckung durch Exceptio. Erst wenn der Sponsor das Ganze gezahlt hat, tröstet ihn das Gesetz durch Gewährung einer Actio auf Rückleistung (vermutlich eines Vielfachen). Als ob es im alten Rom keine Zahlungsunfähigen, keine Verschwender und keine Bürger gegeben hätte, die sich ihren Gläubigern zu entziehen wußten! So verständig die Nachklage ist, wenn der Sponsor zwischen ihr und der Zurückweisung des zuviel fordernden Gläubigers wählen konnte, so gefährlich und unbegreiflich wäre sie als einziges Rechtsmittel. Nicht besser als der Lex Furia *de sponsu* ist es bisher der gleichnamigen *testamentaria* ergangen. Nüchterne Würdigung der dieses zweite Gesetz betreffenden Nachrichten dürfte, wenn ich nicht irre, zu überraschenden Aufschlüssen führen. Übrigens bedeuten m. E. in Sachen der Nachklagen schon die Ausführungen von Appleton in der Ztschr. f. R.-G. R. A. 39, 10 ff. eine erfreuliche Abwendung von den „sphères abstraites de la théorie". [Über das Furische Bürgschaftsgesetz s. jetzt (1907) auch E. Levy, Sponsio, fidepromissio, fideiussio 71 f., 1.]

[1]) Staatsrecht 3 [1], 59.

des Herrn abhängig wäre. In Wahrheit ist es aber nicht das Tun und Lassen der Parteien allein, das den Neubürger schafft, sondern nur dieses im Verein mit dem Amtsakt, der hier in der Form einer Genehmigung[1]) des parteilichen *lege agere* auftritt.

Hiernach stellt sich auch die Bindung der Stabfreilassung ans Jus in etwas anderem Lichte dar. Weder ist die Gerichtlichkeit des Geschäftes überhaupt eine bedeutungslose Nebensache, noch ist sie bloß bedingt durch die angenommene Vindikationsform, deren zufällige Folge die magistratische Mitwirkung wäre. Vielmehr ist wohl umgekehrt die genannte Form gerade deshalb gewählt, weil sie die Kontrolle des Beamten, der die öffentlichen Bedürfnisse wahrzunehmen hat, notwendig einschloß.

Indessen sind die Freilassung und die anderen gerichtlichen Zessionen betreffs der amtlichen Aufsicht nicht durchaus gleich zu beurteilen. Was bei der ersteren wegen ihrer Wirkung ins Allgemeine ganz unerläßlich war, das werden die Juristen in anderen Anwendungsfällen der Zession mindestens für erwünscht erachtet haben; bei der Eigentumsübertragung aber, die ebenso wie die Begründung der Feldservituten seit alters bloß ein Zeugengeschäft fordert, wurde wohl die Gerichtlichkeit nur hingenommen als eine mit der Vindikation von selbst gegebene Begleiterscheinung.

Die schon oben (S. 147 A. 1.) geäußerte Vermutung, daß die Freilassung der älteste Fall der friedlichen Vindikation ist, erfährt so neuerdings eine Bekräftigung. Sicherlich wäre die Injurezessio zum Zweck der Eigentumsübertragung nicht erfunden worden. Seitdem sie aber für die anderen Herrschaftsrechte, für die Begründung wie die Aufhebung, im Gebrauche war, lag es für eine wesentlich von Zunftjuristen beeinflußte Praxis allerdings nahe, selbst eine im Verkehrsleben entbehrliche[2]) Geschäftsform anzuerkennen, bloß der Rechtslogik zuliebe.

---

[1]) Vgl. aber auch oben S. 93 u. S. 3. — [2]) Gaius 2, 25 berichtet über die Rolle der gerichtlichen Zession im Leben: *Plerumque tamen et fere semper mancipationibus utimur. quod enim ipsi per nos praesentibus amicis agere possumus, hoc non est necesse cum maiore difficultate apud praetorem aut apud praesidem provinciae agere.*

Die ungleiche Wertung des Amtsaktes bei der Freilassung einerseits, wo er von erheblichster Bedeutung ist, und in den anderen Fällen der Injurezessio, wo er geringeres Gewicht hat, kommt in eigentümlicher Weise zum Vorschein, wenn man den römischen Sprachgebrauch hier und dort vergleicht. Während m. W. der Erfolg der gerichtlichen Zession, soweit es sich ums Eigentum oder um Dienstbarkeiten handelt, niemals[1]) auf die Tätigkeit des Magistrats zurückgeführt wird, begegnen bei manchen Schriftstellern, und zwar selbst bei Juristen, hie und da Aussprüche, welche den Beamten zum Urheber der Befreiung des Stichus machen.

Wie es bei Plautus (Rud. 927) heißt: *ut liberet te ex populo praetor,* so sagt einmal auch Celsus (D. 1, 18, 17): *Si forte praeses provinciae manumiserit* und Ulpian (D. 1, 10, 1, 1)[2]): *Consules et seorsum singuli manumittunt.*

Erwägt man aber die große Masse von Stellen, die den Herrn als Freilasser bezeichnen, so erweist sich jene andere Ausdrucksweise[3]) doch nur als seltene Ausnahme, und sehr voreilig wäre es, um ihretwillen einen tiefgehenden Unterschied zwischen der Injurezessio und der Manumissio anzunehmen.

Vielmehr liegt zweifellos nach römischer Anschauung der Schwerpunkt der Freilassung ebenso in der Handlung der Parteien wie bei der gerichtlichen Zession. Wäre es nötig, nach dem, was früher über das eine und andere Geschäft ausgeführt ist, noch besonderen Beweis zu liefern, so dürfte Paulus D. 40, 2, 18 pr. als solcher gelten:

Apud filium familias magistratum manumitti potest, etiamsi ipse filius familias manumittere non potest.

Diese Entscheidung zeigt aufs deutlichste, daß in genauer Rede das Freilassen bloß dem Herrn zugeschrieben werden kann, mithin nur mißbräuchlich dem Beamten.

---

[1]) Wegen der Adoption, *quae per praetorem fit,* vgl. oben S. 30 f. — [2]) Daneben steht sofort richtiger: *apud alterum manumittere.* — [3]) Den obigen Zeugnissen sind beizufügen: Varro l. l. 6, 30. Trebatius bei Macrob. Sat. 1, 16, 28. Schol. zu Pers. 5, 88 (wenn *manumittendi* mit *a praetore* verbunden wird). Nicht hieher gehört (mit der LA. *emittar*) Plaut. Pseud. 358.

Trotzdem hält sich A. Pernice[1]) für befugt, unter Berufung auf Varro l. l. 6, 30, wo vom Prätor gesagt ist:

si tum imprudens id verbum emisit ac quem manumisit,

die Geschäftswirkung hauptsächlich aus der amtlichen Addictio abzuleiten. Ausdrücklich weist er den Versuch zurück, die Bedeutung des Amtsaktes „abzuschwächen zu einer bloßen Anerkennung der Parteienübereinkunft". Nicht diese letztere, sondern der addizierende Prätor sei es, der bei der Injurezessio das quiritarische Eigentum übertrage.

Offenbar müßte in gleicher Weise, wenn man Pernice folgt, auch der Erwerb der Freiheit auf die „einseitige Anordnung" des Beamten gegründet werden.[2]) Diese Lehre aber ist kaum noch weit entfernt von dem erstaunlichen Satze, den B. W. Leist[3]) ohne Bedenken aufstellt, und der so lautet: „Die Manumissio *vindicta* ist ein magistratischer Jurisdiktionsakt."

Was man zur Abwehr der hier dargelegten Vorstellungen erwidern darf, das liegt auf der flachen Hand. Natürlich ist es durchaus kein untadliges Verfahren, ein Urteil auf einen einzigen Quellenausspruch oder auf ein paar Zeugnisse zu stützen und daneben hundert andere, die eine gegenteilige Entscheidung fordern, so zu behandeln, als wären sie nicht vorhanden.

Wie es eine arge Übertreibung ist, bei der Freilassung aus dem nur mitwirkenden Magistrat den rechtlich allein handelnden zu machen, oder — was dasselbe ist — dem obrigkeitlichen Spruch all den Rechtserfolg beizulegen, der dem Gesamttatbestand des Geschäftes zukommt, so sind anderseits die meisten Schriftsteller, die den Beamten bei der Legisactio unter die absolute Parteienherrschaft beugen, geneigt, die Addictio beträchtlich zu unterschätzen oder

---

[1]) Ztschr. f. R.-G. R. A. 18, 40 u. 18, 40, 3; dazu Labeo 3, 103f. und 104, 1. Mit Pernice erklärt sich Degenkolb, Tübinger Festgabe für Jhering 143, 1 einverstanden, trotz der richtigen Bemerkung S. 140, 1. Vgl. auch schon Puchta, Institutionen [10] 2, 88 (§ 213). — [2]) Besonders ausgesprochen ist es bei Pernice nicht; doch ist ein Mißverständnis seiner Darlegung so gut wie ausgeschlossen. Degenkolb a. a. O. 147 bezeichnet die Addictio geradezu als „Zuspruch" (der Freiheit). — [3]) In Glücks Pand. B. 37. 38 IV 323. 324.

gar — wie es Mommsen[1]) widerfährt — als überflüssige Förmlichkeit ganz zu übersehen.

Sehr klar tritt die Abhängigkeit der zweiten von der ersten Behauptung in einem Aufsatz von Joh. E. Kuntze[2]) zutage, wo für die Addictio bei der Eigentumszession die Kennzeichnung als Bestätigungsakt verworfen ist, weil der Magistrat kein Verweigerungsrecht hatte. Ist aber das prätorische *verbum legitimum* weder der Zuspruch der Freiheit noch die staatliche Genehmigung der streitlosen Vindicatio *in libertatem*, so sinkt sie nahezu zur Bedeutungslosigkeit herab. Für Girard[3]) ist sie ungefähr dasselbe wie für Kuntze, nichts als eine amtliche Bezeugung oder Beglaubigung der Parteiaktion, für Czyhlarz[4]) endlich — wenn ich recht verstehe — eine im übrigen inhaltslose Schlußerklärung.

Da den Vertretern der letztangeführten Deutung m. W. keine andere Begründung zu Gebote steht als der in der vorliegenden Schrift ausreichend bekämpfte Legisaktionenmythus, so scheint es unnötig der Widerlegung halber noch etwas beizufügen. Nur éine Bemerkung möchte ich an dieser Stelle nachtragen.

Wenn das Schweigen der Quellen über die Rolle des Magistrats im alten Spruchverfahren dem Emporwuchern phantastischer Vorstellungen günstig war, so sind doch gerade über Recht und Pflicht des Beamten in Freiheits- und Manumissionssachen nicht wenige und sehr erhebliche Nachrichten erhalten, die, obwohl der Mehrzahl nach gut bekannt, bisher zur gebührenden Geltung nicht gelangen konnten.

Vor allem das wichtige prätorische Edikt zugunsten der amtsrechtlich freigelassenen (Ps. Dos. 4. 5). Indem es Schutz verheißt gegen die Ausübung der Herrengewalt, stellt es insbesondere die Denegation einer etwaigen Vindicatio *in*

---

[1]) Man beachte namentlich die Äußerungen im Staatsrecht [3] 2, 374 u. 374, 4. — [2]) Leipziger Festgabe f. O. Müller (1892), 70 f. — [3]) Manuel [4] 117: „le magistrat qui donne acte de cet aveu". Dieselben Worte kehren wieder in der Darstellung der Injurezessio p. 291. Auf p. 117 gebraucht aber Girard auch den anderen Ausdruck „sanctionner". [4]) Institutionen [8] 50. Ungefähr ebenso urteilen jene Schriftsteller (s. oben S. 159 A. 2 u. S. 205 A. 1), denen die amtliche Mitwirkung als „rein formal" erscheint.

servitutem grundsätzlich in Aussicht.[1]) Und ebenso ist umgekehrt in der oben[2]) erörterten Drusischen Verordnung selbst dem zivilrechtlich befreiten unter Umständen die Vorbereitung des Libertätsprozesses und die Geltendmachung aller auf der Freiheit ruhenden Rechte versagt. Auch hier handelt es sich also mittelbar oder unmittelbar um obrigkeitliche Denegation von zivilen Aktionen.

Das Edikt des Drusus ist, wie Ciceros Worte zeigen, vermutlich älter als der Briefschreiber, der uns die Kenntnis vermittelt; von dem anderen Edikte wissen wir nur, daß die Lex Junia es schon vorgefunden hat. Wer es hoch hinaufrücken wollte in die Epoche der Republik, würde allerdings mehr behaupten als er dartun kann. Doch sollte man dabei folgenden Punkt nicht übersehen.

Auch der Gegner, der jenen Ansatz verwirft und die Schutznorm des Prätors etwa den letzten Jahren des Freistaats oder der Zeit des Augustus zuweist, entgeht dem Tadel nicht; denn sein Widerspruch ist um nichts weniger willkürlich als es die Annahme des widersprochenen wäre. Setzt doch für uns betreffs der prätorischen Edikte die Überlieferung — von geringen Ausnahmen abgesehen — überhaupt erst mit der Zeit Ciceros ein. Quellen aber, die wir nicht haben, lehren auch nichts; sie zeugen weder dafür noch dawider. Daher wird man sich hüten müssen, für den späten Ursprung unseres Ediktes — und vieler anderen — eine Wahrscheinlichkeit in Anspruch zu nehmen, die durchaus grundlos wäre.

Zeitlich bestimmbar sind die anderen Zeugnisse, die hieher gehören: das Senatuskonsult bei Livius 41, 9, 11, die Lex Aelia Sentia und ein Erlaß Constantins im C. Th. 4, 9, 1 (= C. I. 7, 10, 7). Alle drei beziehen sich, soweit sie für uns in Betracht kommen, auf die Freilassung mit dem Stabe. Daß das Aelische Gesetz nicht bestehen konnte ohne das Recht des Beamten, die bei ihm angemeldete Manumission zu verhindern, das ist früher (S. 199f.) schon gezeigt.

Constantins Verordnung aber (319 p. C.) gedenkt im Eingangssatz der Freilassung vor den ordentlichen Gerichten

---

[1]) S. oben S. 165. — [2]) S. 166ff.

(*iudices*) und bezeichnet dabei im Vorbeigehen die Rolle des Beamten mit Worten, die den Inhalt seiner Mitwirkung in voller Klarheit zum Ausdruck bringen:

Si non a dominis libertas detur mancipio alieno, si quidem ab his iudicibus impetrabitur, quibus dandi[1]) *ius est, sine ulla trepidatione poenae facilis dissolutio est.*

Hiernach ist der Beamte keineswegs bloß dazu berufen, die Aktion der Parteien zu beglaubigen. Vielmehr schreibt ihm der Kaiser unzweideutig das Recht der „Bewilligung" zu. Wollten also die Parteien ihren Zweck erreichen, so mußten sie die beabsichtigte Freilassung vom Beamten „impetrieren", zu deutsch „erwirken".[2])

Endlich der Senatsbeschluß vom J. 577/177 ist ein schlechthin unanfechtbarer Beleg für das Denegationsrecht des Prätors gegenüber der Legisactio, bereits in alter Zeit. Weshalb der Rat in Rom mit einer Sonderregel eingriff, und was er bei gewissen Manumissionen verlangte, das ist weiter oben auf S. 198 f. dargelegt. Nachdruck verleiht das Senatuskonsult seiner neuen Vorschrift durch die Weisung, die zweifellos den Magistraten gilt, die Eidesweigerer von der Freilassung auszuschließen.

Wäre es ein Unerhörtes gewesen, wozu die Beamten hier aufgefordert sind, so hätte es nahegelegen, die außergewöhnliche Ermächtigung auch mit ausdrücklichen Worten zu verkünden. Statt dessen sind in dem fraglichen Satze die Beamten gar nicht genannt. Ohne sie anzusprechen, äußert der Senat seine Meinung dahin: wo der Eid fehle, sei der Knecht nicht freizulassen (*eum manumittendum non censuerunt*).[3]) Mich dünkt, das klingt fast so, als ob alle Welt das Mittel gekannt hätte, das zur Durchführung der Senatsvorschrift anzuwenden war.

---

[1]) Vgl. oben S. 148 A. 6. — [2]) Daß man trotz der förmlichen Addictio, die dem Akte nachfolgt, richtig auch von einer vorherigen formlosen Einwilligung des Beamten sprechen darf, dafür ist die Erklärung oben S. 93 und S. 8 gegeben. — [3]) Die unmittelbar voraufgehenden Worte sind so überliefert: *qui id non iuraret, eum . . .* Allein dieser Text gibt keinen Sinn. Daher die Meisten statt des *qui* entweder, M. Hertz folgend, *in quo* setzen oder *de quo.*

Hervorgerufen sind die vorstehenden Bemerkungen durch die oft erwähnte und ebenso oft gerügte Lehre von P. F. Girard, die der Meister selbst, ohne zu wanken, in seinen Hauptwerken wie in kleineren Abhandlungen immer von neuem verficht[1]), und die durch seine Schule — besonders in Frankreich —, weite Verbreitung erlangt hat.

Von den Aussprüchen der Quellen, die oben gegen diese Ansicht ins Feld geführt sind, würde mein gelehrter Gegner von vornherein alle, nur mit Ausnahme des letzten, als unerheblich zurückweisen. Girard[2]) unterscheidet nämlich die Legisactio vor und nach der Lex Aebutia.[3]) Vorher sei der Prätor der notwendig gehorsame Diener der Parteien gewesen, nachher habe er das Recht der Denegation gehabt. Nun sind wenigstens die Lex Aelia und der Erlaß Constantins sicher nachaebutisch. Daher dürften diese Gesetze nicht verwendet werden zu Schlüssen auf die in der alten Legisactio gültige Ordnung.

Allein wir fragen sofort, wie denn Girard dazu komme, für den Magistrat eine Machterweiterung durch die Aebutia anzunehmen, ohne ein Zeugnis dafür zu haben? Das vermeintlich neue Recht des Prätors folgert er lediglich aus der in meinen „Prozeßgesetzen" verteidigten These, daß den Bürgern nach der Aebutia in Sachen des Jus legitimum die Wahl offen stand zwischen der Legisactio und dem Formularverfahren. Mindestens unter uneinigen Parteien mußte der Beamte entscheiden, wie der Streit zu befestigen sei, mithin eine der beantragten Prozeßformen denegieren.

So unvermeidlich dieser Schluß ist, so ist es doch bare Willkür, an eine aebutische Neuerung zu denken, und besonders gewagt, eine Einwirkung des viel mißbrauchten Gesetzes auf die „freiwillige" Gerichtsbarkeit anzunehmen.[4]) Die streitlose Legisactio ist genau dieselbe nach wie vor der Prozeßreform und noch in der klassischen Zeit; nicht die

---

[1]) Zuletzt in einem Beitrag zu den Studi in onore di C. Fadda (Neapel 1905) und in der vierten Aufl. des Manuel (1906). — [2]) Ztschr. f. R.-G. R. A. 27, 19, 1f.; Manuel [4] 993, 1. — [3]) Vgl. aber auch oben S. 199 A. 1. — [4]) Gaius 4, 30 bezieht die Reformgesetze augenscheinlich nur auf den Streitprozeß.

geringste Spur weist hin auf eine Änderung. Daher ist es durchaus nicht unerlaubt, die Lex Aelia und einen Erlaß Constantins aussagen zu lassen über die gerichtliche Freilassung der republikanischen Zeit.

Übrigens gibt uns Girard selbst ein Mittel an die Hand, die Unhaltbarkeit seiner Lehre zu erweisen. Gestützt auf Gaius 4, 20. 95 betrachtet er[1]) die Legisactio *sacramento* und die L. A. *per condictionem* als Prozeßformen, die neben einander für dieselben Sachen in Geltung waren. Wahlberechtigt sei nur der Kläger gewesen. Gehen wir aber aus von dieser Annahme, die in ihrer ersten Hälfte sicher Beifall verdient, so ist auch der voraebutische Prozeß ohne Denegationsbefugnis schlechthin undenkbar. Ohne Zweifel war ja zwischen uneinigen Parteien eine Entscheidung, ob Sacrament oder Condictio, gerade so unerläßlich wie später über den Gebrauch der Legisactio oder der Formel.

Wenn Girard[2]), wie es den Anschein hat, voraussetzen sollte, daß es für die angreifende Partei, die z. B. das Sacrament gewählt hat, gleichgültig sei, ob der Gegner die Wahl billigt oder ablehnt, da im letzteren Fall der Kläger nun auf eigene Faust „agieren" könne, so müßte ich das für einen schweren Irrtum erklären, der ganz entscheidend ist für die Auffassung des römischen Prozesses überhaupt. *Sacramento* wie *per condictionem* kann nur von zwei Parteien, die sich geeinigt haben, wirksam agiert werden; einseitige Aktionen dieser Art gibt es nicht.[3]) Wenn daher der Gegner

---

[1]) Ztschr. f. R.-G. R. A. 27, 19, 1; Manuel [4] 988 z. A. 2. Ebenso Wlassak, Prozeßgesetze 1, 105 f. An dieser Ansicht halte ich heute noch fest. Verfehlt aber ist die a. a. O. 1, 105 vertretene Annahme „elektiver Konkurrenz zwischen *sacramentum* und *iudicis postulatio*". Die richtige Auffassung von Gai. 4, 20 siehe oben S. 85 f., 3 (wo versehentlich Gai. 4, 19 gedruckt ist). — [2]) Ich setze seine Worte hieher, die ich vielleicht falsch ausdeute: Il y a peut-être en auparavant des cas où le demandeur pouvait choisir entre deux *legis actiones*... Mais rien n' indique là que le choix émane d'un autre que du demandeur, maitre de son action qu' il dirige comme il veut, et par suite aucune intervention du magistrat n'est nécessaire afin de lui refuser une *legis actio* après qu' il a pris l' autre; la règle *bis de eadem re* suffit. — [3]) Vgl. oben S. 66. 68 ff.

der vom Kläger vorgeschlagenen Prozeßform die Zustimmung verweigert, so ist die beabsichtigte Actio *in personam* durchaus vereitelt, sofern nicht der Magistrat sich für den Antrag des Klägers ausspricht und darnach den Verklagten mit Erfolg zur Einlassung zwingt.[1])

Girard hat also, ohne es zu wollen, das Bewilligungs- und Denegationsrecht des Beamten selber in die Zeit der voraebutischen Legisactio versetzt.

Wie die beiden Zeugnisse aus der Epoche der Kaiserherrschaft, so würde der Verfasser der bekannten Abhandlung: „La date de la loi Aebutia" auch die auf S. 213f. an erster Stelle genannten Edikte beiseite schieben, nur mit etwas anderer Begründung. Seine Antwort würde etwa lauten: „das Aebutische Gesetz stammt aus der Zeit zwischen 605 und 628 d. St., jene Edikte aber sind jüngeren Ursprungs; daher stehen sie meiner Lehre nicht entgegen."

Allein keine der beiden Zeitbestimmungen darf als erwiesen gelten. Girards berühmt gewordene Datierung der Aebutia ist ja gerade aufgebaut auf der hier bekämpften Lehre, daß ein Denegationsrecht des Beamten vor dem Reformgesetz unmöglich sei[2]); und anderseits ist die Ent-

---

[1]) Vergleiche oben Seite 56. 61. 74. — [2]) Ebenso unhaltbar ist die zweite Stütze, daß es unerlaubt sei, der voraebutischen Zeit Exzeptionen und prätorische Klagformeln zuzuschreiben; siehe oben Seite 56, 51, 2 und Seite 208f. Anm. Die Grenzen müssen noch immer weit gesteckt werden: einerseits Sextus Aelius (um die Mitte des 6. Jahrhunderts d. St.), anderseits Cicero (siehe Bekker, Aktionen 1, 92). Das sicherste Zeugnis für das Aebutische *legitimum iudicium* enthält die späte Rede pro Flacco 50 (Wlassak, Proz.-G. 2, 220, 2). In pro Rosc. com. 15 kommt zwar der Name *iudicia legitima* vor, aber schwerlich in technischer Bedeutung. Denn beigeordnet sind nicht die Imperiumssachen, sondern *arbitria honoraria*, d. h. schiedsgerichtliche (arg. p. Rosc. com. 10—13; vgl. Pauly-Wissowa, R. E. II, 409, wo auch über den *arbiter honorarius* bei Cicero gehandelt ist) und *officia domestica*, d. h. Sachen der häuslichen Zucht. Die bekannte Äußerung p. Rosc. com. 24 *(sunt .. formulae de omnibus rebus constitutae)* ist zwar nicht ganz zwingend (man könnte allenfalls an Imperiumsprozesse denken); doch macht sie es sehr wahrscheinlich, daß schon zur Zeit dieser Rede (zwischen 677—686 d. St.) der Aebutische Prozeß nichts Neues war. — Der Erfolg der Girardschen Abh. hat auch Andere verleitet, auf gleicher oder ähnlicher

stehungszeit der prätorischen Verordnung zum Schutze der vor Zeugen freigelassenen schlechthin unbestimmbar. Wer dieses Edikt hinabrückt in die unmittelbare Nähe der Lex Junia, hat keineswegs die Vermutung für sich, das richtige eher zu treffen, als einer, der das Alter der prätorischen Norm um ein Jahrhundert oder um noch mehr Jahre höher schätzt. Daher bleibt es auch durchaus unsicher, was älter sein mag, das Gesetz oder das prätorische Edikt.

Der brauchbarste Beleg für die Macht des Gerichtsbeamten über die Legisactio ist ohne Zweifel das Senatuskonsult vom J. 577. Vor allem sind hier Bedenken gegen die Glaubwürdigkeit ausgeschlossen, wie sie Girard[1]) erhebt, um den Beweiswert von Liv. 2, 24, 6; 6, 31, 4 und Dionys 6, 22 zu vernichten; doch ist ihm auch der andere Einwand abgeschnitten, daß das Zeugnis der nachaebutischen Epoche angehöre und deswegen unschädlich sei. Wenn ferner der Text des Beschlusses nicht in allen Stücken feststeht, so muß doch der wesentliche Inhalt als völlig gesichert gelten. Insbesondere ist die Anweisung an die Beamten unverkennbar, die Legisactio, wenn nötig, zu verhindern.

Und so denkt auch Girard gar nicht daran, dieser unvermeidlichen Auslegung zu widersprechen. Um die Beweiskraft der Nachricht abzuschwächen, bleibt ihm nichts übrig, als von einem „Spezialfall" zu reden, über den wir am besten wegsehen würden, weil hier die Beamten nach besonderer Weisung des Gemeinderates handeln, und weil der Rats-

---

Grundlage römischen Gesetzen die Zeit zu bestimmen. Nach meinem Ermessen leider nur Seifenblasen.

[1]) Organisation judiciaire 1, 195 f., 1. In der Abh. über das Datum der Aebutia ist weder das Senatusconsult erwähnt noch eine der anderen Nachrichten bei Livius und Dionys, aus denen sich eine Verweigerung der alten Legisactio ergibt. Dagegen berücksichtigt Girard in der Nouv. revue hist. de droit XXI (1897), 261 f., 3 den von mir (Pauly-Wissowa R. E. I, 102) erhobenen Einwand, daß die prätorische Einrichtung des Zwangseides in die Zeit des Plautus zurückreiche und unter Umständen zur Denegatio *actionis* führe. Ebenda p. 253 f., 2 u. p. 263, 2 sucht er auch Esmein (Nouv. revue hist. de droit XVII (1893), p. 165 ff.) abzuwehren, der für eine Anzahl prätorischer Poenalklagen (auch für das *iudicium rei uxoriae*) voraebutischen Ursprung annimmt. Überzeugend ist Girards Erwiderung m. E. hier so wenig wie dort.

beschluß selbst einen anmaßlichen Eingriff in die Jurisdiktion und mehr noch in die Gesetzgebung darstelle. Allein, wie sollen wir uns dem Glauben zuwenden, daß der Senat, statt für seine Zwecke ein bekanntes und unverfängliches Mittel zu empfehlen, vielmehr eine Grundregel des alten Prozeß- und Gerichtsrechtes verletzt habe, wenn doch Girard[1]) selbst einräumt, für die vorausgesetzte Ohnmacht des Beamten keinen „direkten Beleg" zu haben, und wenn, wie ich hinzufüge, derzeit überhaupt kein einziges Zeugnis dafür bekannt ist, welches Beachtung verdient?

Diese naive Loslösung von den Quellen beim Aufbau der seltsamen Lehre[2]) ist mit um so größerem Nachdruck festzustellen, als die Gegner des Girardschen Dogmas immer wieder den Vorwurf vernehmen müssen, ihr Widerstand beruhe lediglich auf „doktrinärer Befangenheit" oder auf „vorgefaßten Ideen".[3]) Nach den Darlegungen in dem vorliegenden Aufsatz dürfte sich diese Anklage doch kaum als gerecht erweisen und vielleicht auch nicht als wohlerwogen.

Der Ausgangspunkt für die vorstehende Erörterung war die Prüfung des in der Freilassungsaddictio zum Ausdruck kommenden Gedankens. Wir wissen bereits aus dem früheren: ein obrigkeitlicher Zuspruch der Freiheit steckt in dem prätorischen Worte nicht. Jetzt aber kann getrost auch der andere Vorschlag verworfen werden, die Addictio zur leeren Form herabzudrücken und in ihr bloß eine Beglaubigung dessen zu suchen, was seitens der Parteien geschehen ist.

Das richtige ist ohne Zweifel, wie bei der gerichtlichen Zession, die in der Mitte liegende Deutung als amtliche

---

[1]) Ztschr. f. R.-G. R. A. 27, 18 = Revue hist. de droit XXI, 256: .. un dernier criterium qui ne s'appuie pas sur des témoignages directs, mais dont il ne nous semble pas possible de faire abstraction. Wenn dann Girard, Organisation 1, 69 f., 2 behauptet, qu' il n' existe avant la loi Aebutia aucun exemple avéré du droit du magistrat de *denegare legis actionem*, so widerlegt er sich selbst durch das, was er Organisation 1, 195 f., 1 a. E. zugesteht. — [2]) Abgelehnt ist sie unter Berufung auf Liv. 41, 9, 11 auch von Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte 2, 134. — [3]) Die Widersacher stehen sous l'empire d'idées préconçues nach Girard, Organisation 1, 69, 2 u. 1, 197; ihr Irrtum ist entstanden, wie der Manuel [4] 974, 3 versichert, en vertu de préoccupations doctrinales.

Genehmigung. Das prätorische Wort, das dem parteilichen *lege agere* nachfolgt, bekräftigt also von Staats wegen die vom Assertor behauptete und vom Eigentümer durch förmliches Stillschweigen anerkannte Freiheit nach Quiritenrecht. Erst durch die Addictio erhält der Neuling auch die staatliche Gewähr seines Bürgerstandes.

Zum Schlusse bleibt noch eines übrig: das gefundene Ergebnis in Beziehung zu setzen zu dem Hauptzeugnis über unser *verbum legitimum*, zu Ciceros Brief an Atticus. Dort heißt es: *me istos liberos non addixisse.* Diesem Ausspruch ist das Wort *liberos* ohne Zweifel prädikativisch eingefügt. Demnach ist der angeführte Satz ins Deutsche etwa so zu übertragen: „ich erkläre, jene Knechte nicht als Freie bestätigt zu haben.“ Als Folgerung ist hinzuzudenken: daher sind sie von Amtsrechts wegen nach wie vor meine Sklaven.

Dem *liberos addicere* bei Cicero durchaus gleichartig ist z. B. bei Val. Max. 8, 2, 2: *C. Aquilius . . . iudex addictus . . . mulierem reppulit,* bei Seneca ep. 65, 2: *te arbitrum addiximus,* bei Papinian D. 5, 1, 39: *cum furiosus iudex addicitur,* bei Paulus D. 5, 1, 46: *quia recte ab initio iudex addictus est.* Wie im Atticusbriefe so ist auch hier das mit *addicere* verbundene Wort überall als Prädikativum aufzufassen.

Wenn mir nichts entgangen ist, sind wir außerstande, bei der Freilassung eine andere Bezeichnung für den Inhalt der Addictio nachzuweisen, als die von Cicero gebrauchte. Insbesondere muß das *addicere in libertatem* einstweilen für unecht gelten, das wiederholt bei A. Pernice begegnet. Anscheinend war diesem Gelehrten die Ansicht, daß man in Rom den Stichus durch amtlichen Zuspruch „in die Freiheit versetzte“, zur unumstößlichen Überzeugung geworden. So lag es nahe, eine dieser Vorstellung entsprechende Redensart zu bilden[1]), die dann Pernice ohne weiteres auch in der alten Überlieferung als vorhanden annahm.[2]) Allein wie jene Auffassung verfehlt ist, so wissen auch die Quellen nichts von einem *addicere in libertatem.* Dagegen darf man vielleicht

[1]) Vorschweben mochte auch das bei Liv. 3, 56, 8 vorkommende *in servitutem addicere.* — [2]) Dies zeigt der Kursivdruck im Labeo 3, 104, 1; dazu S. 84, 2.

die allein bezeugte Ausdrucksweise als schwach unterstützenden Beweisgrund benutzen für die hier vertretene Kennzeichnung der Addictio, die sich in die Worte fassen läßt: ein Beispruch des Beamten, der der Hauptaktion folgt und die staatliche Genehmigung der Geschäftswirkung ausdrückt.







